

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Eduardo Marinho Kossoski Felix

TELETRABALHO: Sobreaviso e Sobrejornada

Ouro Preto

2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Departamento de Direito

Eduardo Marinho Kossoski Felix

TELETRABALHO: Sobreaviso e Sobrejornada

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Amauri Cesar Alves

Ouro Preto

2021



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Eduardo Marinho Kossoski Felix
TELETRABALHO: sobreaviso e sobrejornada

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 01 de setembro de 2021

Membros da banca

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)
Weverton Costa Peixoto - Co-Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)
Profa. Ms. Rafaela Fernandes Leite (Universidade Federal de Ouro Preto)
Profa. Ms. Ana Paula Santos Diniz (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 06/10/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Amauri Cesar Alves, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 06/10/2021, às 10:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0229550** e o código CRC **3E692AFF**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.010575/2021-61

SEI nº 0229550

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

RESUMO

O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de compreender os métodos de fiscalização da jornada de trabalho do empregado que exerce prestação laborativa em regime de teletrabalho, com o intuito de garantir a remuneração dos adicionais de sobrejornada e sobreaviso. Por meio da pesquisa doutrinária, jurisprudencial e da legislação vigente, sobretudo as regras celetistas reformadas, buscou-se demonstrar a inconstitucionalidade das normas e princípios norteadores da Lei 13.467/17, bem como apresentar a importância e necessidade de aferição da duração do trabalho dos obreiros que exercem sua atividade fora das dependências do empregador por meio da utilização de tecnologias de informação e comunicação.

Palavras-chave: Teletrabalho. Duração do trabalho. Fiscalização de jornada. Sobrejornada. Sobreaviso. Reforma trabalhista.

ABSTRACT

The present work was elaborated with the objective of understanding the methods of inspection of the working hours of the employee who works in a teleworking regime, in order to guarantee the remuneration of the extra hours and on call. Through doctrinal research, jurisprudence and current legislation, especially the reformed CLT rules, we sought to demonstrate the unconstitutionality of the rules and guiding principles of Law 13,467/17, as well as to present the importance and need to measure the duration of the work of workers who carry out their activity outside the employer premises of through the use of information and communication technologies.

Keywords: Teleworking. Duration of work. Journey inspection. Overtime. On notice. Labor reform.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DURAÇÃO DO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO.....	7
2.1 Conceitos, normas e a Reforma Trabalhista.....	7
2.2 Horas extraordinárias em perspectivas celetista e constitucional.....	12
2.3 Sobreaviso e Sobrejornada.....	18
3 TELETRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO.....	23
3.1 Mudanças no contrato de emprego e a Reforma Trabalhista.....	23
3.2 Responsabilidades e fiscalização da jornada no teletrabalho.....	27
3.3 Possibilidade fática e técnica do controle da jornada no teletrabalho.....	33
4 INCONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS CELETISTAS DO TELETRABALHO SEM LIMITE DE JORNADA.....	38
4.1 A nova regra do artigo 62, III, da CLT.....	38
4.2 Controle de constitucionalidade das regras celetistas reformadas.....	40
4.3 Inconstitucionalidade da regra do artigo 62, III, da CLT.....	46
5 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que nos regimes de teletrabalho o empregado é colocado no contexto de não adequação ao requisito imprescindível para fixação e mensuração de sua jornada de trabalho. Isso significa que, em razão do inciso III do art. 62 da CLT, não é possível que o empregador realize a fiscalização da jornada de trabalho de seus empregados em regime de trabalho remoto, não havendo a devida remuneração de sobrejornada ou sobreaviso do empregado que exerce atividade em regime de teletrabalho, para as quais a apuração da jornada é imprescindível.

Essa realidade traz sérios impactos tanto na esfera econômica, social e até mesmo na saúde desses empregados, uma vez que a jornada pode se tornar mais longa e ininterrupta sem que haja o reconhecimento dos direitos direta ou indiretamente ligados à duração do trabalho, como por exemplo o adicional noturno, intervalos intra e interjornada e descanso semanal remunerado.

A reforma trabalhista introduziu normas que aprofundam as injustiças causadas pelo não reconhecimento de direitos trabalhistas voltados à duração do trabalho, aumentando o desnível existente na relação que envolve o empregador, detentor de poder capital e estrutural, e o empregado, que muitas vezes é desprovido de conhecimento técnico e informacional.

Atualmente, devido a pandemia do coronavírus, o interesse das empresas para manter suas atividades via teletrabalho cresceu significativamente, havendo o consequente aumento nos casos de abuso de direitos trabalhistas voltados à mensuração da jornada de trabalho dos empregados inseridos nesse regime.

Diante disso, é extremamente necessário que sejam estabelecidas maneiras de controle e fiscalização da jornada dos empregados em regime de teletrabalho, bem como o reconhecimento de inconstitucionalidade das regras celetistas reformadas, para que haja a justa remuneração das verbas trabalhistas voltadas a duração do trabalho, especialmente no que tange a sobrejornada e sobreaviso.

2. DURAÇÃO DO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo discutirá as concepções a respeito da duração do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro sob os prismas jurisprudencial e da doutrina renomada, com o intuito de compreender esse instituto do direito trabalhista para fins de estudo da modalidade contratual do teletrabalho.

2.1. Conceitos, Normas e a Reforma Trabalhista.

Existem expressões gramaticalmente diversas para tratar a respeito da duração do trabalho, sendo que muitas vezes há equívoco em tratá-las como sinônimos no âmbito do direito trabalhista.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2021, p. 275) são possíveis três “expressões que se apresentam igualmente relevantes no que concerne ao tempo correspondente à duração do contrato de trabalho: duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho.”

O termo “duração do trabalho” difere-se dos demais pelo fato de ser expressão semanticamente mais ampla, possuindo conceito que abrange todo o tempo contratual em que o empregado está à disposição do empregador.

Por outro lado, o conceito de jornada de trabalho e horário de trabalho são mais restritos, tratando o primeiro sobre o tempo em que o empregado está efetivamente trabalhando ou colocando seu tempo à disposição do empregador, enquanto que o segundo trata a respeito do lapso temporal compreendido entre o início e o fim da jornada de trabalho do empregado (LEITE, 2021).

Tendo isso em mente, a conceituação de duração do trabalho é apreciada e aprofundada por uma vasta gama de autores, doutrinadores e cientistas jurídicos, visando estabelecer definição substancial acerca desse tema. Destaca-se o conceito de duração do trabalho apresentado por Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1029):

(...) o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração: dia (duração diária, ou jornada), semana (duração semanal), mês (duração mensal), e até mesmo o ano (duração anual).

É de suma importância ressaltar também o conceito apresentado por Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 275):

(...) todo o período correspondente ao contrato, inclusive os períodos relativos a repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas, sem fazer distinção quanto ao tempo em que o empregado esteja efetivamente à disposição do empregador (...).

Dessa forma, torna-se nítido que os conceitos elaborados pela doutrina visam a estabelecer que a duração do trabalho consiste no lapso temporal no qual o empregado fica à disposição de seu empregador para fins de prestação laboral.

Sob essa mesma perspectiva, é essencial elucidar os reflexos psíquicos, sociais e econômicos que giram em torno da regularização da duração do trabalho na realidade do direito trabalhista brasileiro. Sobre o aspecto psíquico, Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 275) dispõe que:

As normas referentes à duração do trabalho humano têm por escopo principal proteger a integridade física e psíquica do trabalhador (ordem biológica), evitando-lhe a fadiga e possíveis problemas de saúde decorrentes do intenso esforço físico e/ou mental que o labor diário e o estresse possam originar.

Ora, a integridade mental é fator elementar da relação jurídica de trabalho, tendo em vista que está diretamente ligada à saúde, bem estar e satisfação do empregado, o qual, conforme será exposto mais adiante, traz consequências diretas para seu rendimento e produtividade dentro do ambiente de trabalho.

Diretamente relacionado com os aspectos psicológicos estão os reflexos sociais, conforme aduz Bezerra Leite (2020, p. 275):

Os fundamentos de ordem social e familiar são muito importantes, na medida em que é no período de descanso que o trabalhador tem a possibilidade de estar com seus amigos e familiares, o que contribui para uma maior satisfação pessoal e, conseqüentemente, reduz a probabilidade de advirem doenças de ordem psicológica, tais como: depressão, isolamento social, síndrome de Burnout, dentre outras.

A prevenção dessas doenças deve ser interpretada como prática imprescindível da relação de trabalho, principalmente em razão do atual contexto pandêmico que assola toda o globo. Tanto é assim que, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é o país com mais casos de pessoas com transtornos de ansiedade do mundo, sendo que cerca de 18,6 milhões de brasileiros sofrem com algum transtorno. Diante desse fator, o empregador que assegura a prática de medidas preventivas contra doenças de ordem psicológica zela tanto pelos seus subordinados quanto por seu próprio lucro. Isso significa que é mais vantajoso se dedicar a zelar pela saúde mental dos seus

empregados do que sofrer as consequências financeiras fruto da queda de rendimento e produtividade de sua equipe.

No tocante aos reflexos econômicos, ainda nas palavras de Bezerra Leite (2020, p. 275):

(...) a concessão do descanso (interjornada, intrajornada, semanal e anual) intensifica a produtividade do trabalhador, tanto em quantidade como em sua qualidade, influenciando diretamente o aumento do lucro do empregador. Além disso, o trabalhador utiliza parte do seu tempo com o descanso anual (férias) com viagens, consumo, turismo e lazer, especialmente com familiares, contribuindo, assim, para a circulação de riquezas no País.

Nota-se que se trata de lógica desacertada, visto que, em tese, quanto mais tempo o empregado presta serviço ao empregador, maior será sua margem de lucro. No entanto, essa premissa é refutada quando se realiza análise econômica sobre a concessão de descanso, ou seja, o repouso concedido ao obreiro aumenta sua produtividade, o que por consequência aumenta o lucro do empregador. A exemplo disso, Henry Ford adotou justamente essa medida em seus empreendimentos, reduzindo a jornada de trabalho para que os empregados pudessem consumir.

Sob uma ótica ainda mais ampla, há incremento dos rendimentos não apenas do empregador, mas do próprio setor econômico como um todo. Isso porque durante o tempo de descanso do empregado, este busca desfrutar de seu tempo livre com atividades prazerosas que geralmente envolvem o dispêndio de quantias significativas dos rendimentos provindos de sua remuneração.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aborda o tema duração do trabalho em capítulo próprio, entre os artigos 57 e 75, tratando de aspectos como jornada de trabalho, períodos de descanso, trabalho noturno e quadro de horário.

De início, o art. 58 da CLT, em conformidade com o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal, determina os limites de duração do trabalho que, em regra, não podem exceder 08 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

A respeito desse limite de duração de trabalho, Delgado (2019, p. 1053) expõe que:

(...) é inválida, juridicamente, a pura e simples extensão da duração do trabalho por além do montante de horas que deriva do texto constitucional (8 horas ao dia, 44 horas na semana, 220 horas no mês — aqui já incluído o repouso semanal).

No mesmo sentido, Bezerra Leite (2020, p. 275) esclarece que:

A Constituição da República de 1988 (art. 7º, XIII) estabelece o limite máximo da duração do trabalho normal diário (até 8 horas) e semanal (até 44 horas), facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Isso significa que qualquer norma, convenção ou acordo coletivo de trabalho que tenha o intuito de majorar os limites de duração do trabalho previstos na legislação previamente mencionada terá, em regra, caráter de trabalho extraordinário.

Excetuam-se, obviamente, o regime de trabalho de escala 12x36, com fulcro no art. 59-A da CLT implementado pela Lei 13.467/17 (reforma trabalhista), regime no qual o empregado exerce trabalho durante 12 (doze) horas seguidas e tem descanso de 36 (trinta e seis) horas ininterruptas, sem que haja a remuneração de horas extraordinárias a partir da oitava hora laborada.

Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) produziu diversas súmulas que abordam o tema de duração ou jornada de trabalho, a exemplo das súmulas 110, 118, 119, 287, 338 e 444. Estas normas correlacionam a duração ou jornada de trabalho à concessão de intervalo interjornada, horas extras, registro de jornada, escala de 12x36 e até mesmo o tratamento especial para jornada de trabalho de profissões específicas.

No ano de 2017, foi aprovada a Lei 13.647, mais conhecida como Reforma Trabalhista, com o intuito de suprir lacunas legislativas, desenvolver e regulamentar novas normas e institutos do direito do trabalho. No entanto, na prática, o que realmente aconteceu foi a produção de normas que suprimiram diversos direitos arduamente adquiridos pelos trabalhadores ao longo de décadas, muitas vezes rompendo com a tese de hipossuficiência do empregado, priorizando o “negociado sobre o legislado”, prática que possibilitou a negociação individual de direitos entre o empregador e empregado.

Para fins de estudo da duração do trabalho, dentre as principais reformas trazidas pela Lei 13.647/17, destacam-se as voltadas ao trabalho em tempo parcial, além da gênese de regulamentação dos regimes de trabalho intermitente e do teletrabalho.

As reformas que se referem ao trabalho em tempo parcial estão contempladas a partir do art. 58-A da mencionada lei, alterando a jornada de trabalho máxima semanal dos trabalhadores sujeitos a este regime, a qual passou de 25 horas para 30 horas semanais, ou então de até 26 horas semanais ou menos com até 6 horas de trabalho em tempo extraordinário. Além disso, o trabalhador passa a ter a prerrogativa de negociar a conversão de um terço de suas férias em abono pecuniário.

No tocante a nova figura do trabalho intermitente, ainda abordando a Lei 13.467/17, o §3º do art. 443 da CLT apresenta esse novo regime de trabalho, o qual, nas palavras de

Bezerra Leite (2020, p. 233): “(...) é aquele em que a prestação de serviços pelo empregado não é contínua, pois ele fica em inatividade por horas, dias ou meses, conforme estabelecerem as partes.”

Ademais, o §5º do art. 452-A da CLT estabelece que: “O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.” (BRASIL, 1943)

Torna-se nítido, portanto, que a criação deste regime de trabalho é uma nefasta manifestação de superexploração do empregado, uma vez que afasta qualquer tipo de garantia de dignidade do trabalho, estabilidade ou até mesmo melhoria nas condições sociais do trabalhador. O empregador contrata o trabalhador apenas quando é conveniente e logo em seguida o descarta para esquivar-se de suas obrigações justralhistas voltadas, por exemplo, a remuneração de duração do trabalho. (LEITE, 2020).

Tanto é assim, que já existe discussão acerca da constitucionalidade dessa modalidade contratual, por meio da ADI 5826, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF).

Em relação ao teletrabalho, a Reforma Trabalhista passou a tratar desse regime a partir do artigo 75-A, em capítulo próprio. Ocorre que, ainda sob a ótica da duração do trabalho, surgiram diversas discussões a respeito do controle de jornada dessa modalidade contratual. Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1068) destaca que:

Dessa maneira, tanto o trabalho no domicílio, (...) como também o próprio teletrabalho, todos podem se caracterizar (ou não) pela presença da subordinação — esta especialmente em suas dimensões objetiva e estrutural —, ensejando, em seguida, o debate sobre a configuração ou não de suficientes e minuciosos controles de horários e de jornada.

Isso significa que a mensuração da duração do trabalho do empregado que presta serviço a empregador na modalidade contratual de teletrabalho proporciona vasta discussão. Ora, apesar deste empregado estar exercendo trabalho fora das dependências do empregador, com a utilização de meios de informática e comunicação, conforme será posteriormente explicitado, isso não deve deslegitimar a percepção de remuneração voltada à duração do trabalho, ou seja, aferição de verbas de sobreaviso e de horas extraordinárias.

2.2. Horas Extraordinárias em Perspectivas Celetistas e Constitucionais

Diversos são os termos utilizados para se referir ao tempo em que o empregado excede o limite legal de duração do trabalho, tais como sobrejornada, horas extras, jornada extraordinária, sobretempo, jornada suplementar, entre outras. Apesar das diferenças gramaticais, tratam-se de sinônimos que possuem o mesmo significado para fins justralhistas. (DELGADO, 2019).

A respeito das jornadas suplementares, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1090) leciona que:

(...) as horas meramente suplementares que não sejam resultantes de acordo de compensação e nem se confundam com as horas suplementares decorrentes de circunstâncias excepcionais mencionadas pela ordem jurídica configurariam irregularidade trabalhista, à luz de tal leitura da Constituição de 1988. Tal interpretação, sem dúvida, é a que melhor se ajusta ao conjunto normativo constitucional concernente à saúde e segurança do trabalhador no ambiente laboral.

Isso significa que, caso a jornada extraordinária não seja fruto de acordo de compensação ou das circunstâncias de prorrogação do trabalho em razão de força maior ou prestação de serviços que não podem ser desenvolvidos em outro momento em função de sua própria natureza, trata-se de sobretempo que enseja em efeitos justralhistas diversos dos ordinariamente estabelecidos.

Ainda nesse sentido, cabe ressaltar as palavras de Delgado (2019, p. 1092):

São cinco esses fatores previstos no Direito brasileiro: o acordo de simples prorrogação de jornada; o acordo de regime de compensação de jornada; a força maior ensejadora da prorrogação; o atendimento a serviços inadiáveis, cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos, como fator da prorrogação; a reposição de paralisações empresariais, como fator ensejador da prorrogação.

Nesse sentido, é de suma importância explicitar esses fatores de prorrogação de jornada previstos pelo direito brasileiro. De partida, o acordo de prorrogação de jornada, disposto pelo art. 59 da CLT, traz diversas discussões acerca da constitucionalidade desse acordo bilateral de compensação de horas, uma vez que a Constituição Federal é omissa em relação a esse tema. Há menção expressa em relação ao acordo coletivo que estabeleça o regime de compensação de horas no inciso XII do art. 7º da CF/88, todavia não há qualquer dispositivo constitucional que trate do acordo bilateral que possibilite a prorrogação da jornada de trabalho, isto é, ultrapassagem da jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

Isso significa que existem dúvidas quanto à constitucionalidade da norma do art. 59 da CLT, inclusive em relação as hipóteses em que seria possível aplicar o regime de compensação de horas. A título de exemplo, cabe destacar as controvérsias jurisprudenciais que tratam da possibilidade de aplicar o regime de compensação de horas ao trabalho insalubre. A antiga súmula 349 do TST defendia a ideia de que não era necessário haver inspeção prévia de autoridade administrativa para questões que já haviam sido pactuadas por instrumento coletivo. No entanto, esse entendimento possibilitava a compensação de horas em atividades laborais insalubres. Tanto é assim que essa súmula fora posteriormente cancelada. Em consequência disto, foi elaborado o novo item IV da súmula 85 do TST, o qual prevê que “não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessidade de inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT”.

Nota-se, portanto, a importância de estabelecer harmonia entre o texto constitucional e o celetista, uma vez que a infralegalidade, por meio da reforma trabalhista, busca reforçar a tese de liberalidade no acordo de vontades entre os sujeitos da relação de trabalho, distanciando-se cada vez mais da obrigatoriedade constitucional de acordo coletivo para permitir o regime de prorrogação de jornada.

Outro fator de prorrogação de jornada é o regime de compensação, previsto pelo § 2º do art. 59 da CLT e inciso XIII do art. 7º da CF/88. A lei 9.601/88 incrementou o dispositivo celetista acima citado com a instituição do que é conhecido como “banco de horas”, o qual novamente teve seu conteúdo acrescido pela lei 13.467/17.

Para explicitar esse regime, nada melhor do que as palavras de Carlos Bezerra Leite (2020, p. 281):

Pode-se dizer que “banco de horas” é um neologismo utilizado para denominar um novo instituto de “flexibilização” da jornada de trabalho, o qual permite a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia com a correspondente diminuição em outro dia, sem o pagamento de horas extras, desde que respeitado determinado período de tempo fixado em lei, acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Isso revela que as horas extraordinárias prestadas pelo empregado não são pagas diretamente a ele, pois ficam depositadas nesse “banco de horas” para que este possa, futuramente, reduzir sua jornada em outro dia. Na hipótese de o empregado deixar de

trabalhar em função da empresa, este tem direito a receber integralmente as horas que não foram utilizadas na diminuição de sua jornada de trabalho.

A legislação, ao longo do tempo, passou a expandir o lapso temporal que permite essa modalidade de compensação de horas, uma vez que, inicialmente, era adotada dentro de uma mesma semana, no entanto, atualmente, a MP 2.164 instituiu que o acúmulo de compensação de horas se dê em período de até um ano.

Cabe ressaltar que, assim como no acordo de prorrogação de jornada, devem ser respeitadas as imposições constitucionais, isto é, deve haver negociação coletiva que estabeleça a modalidade de compensação de horas, não podendo exceder o limite de dez horas diárias e quarenta e quatro semanais. Entretanto, a reforma trabalhista, mais precisamente nos §§5º e 6º do art. 59 da CLT, se contrapõe a este entendimento, visto que possibilita o acordo individual - ou até mesmo tácito - para permitir o regime de “banco de horas”, gerando circunstância de vulnerabilidade ao empregado em face de seu empregador.

Em seguida, é fundamental tratar sobre a prorrogação da jornada de trabalho em virtude de força maior previsto pelo art. 61 da CLT. Trata-se de elasticidade da jornada de trabalho por um fator excepcional alheio à vontade do próprio empregador, sendo força maior ou caso fortuito. Acerca do conceito de força maior, Delgado (2019, p. 1096) exprime que:

O conceito de força maior está lançado pela própria CLT: será “todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente” (art. 501, caput, CLT). Como se percebe, a Consolidação reúne, na mesma figura, a força maior em sentido estrito e o caso fortuito, por produzirem idênticos efeitos jurídicos. Esclarece, por fim, a ordem jurídica que a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior (§ 1º do art. 501, CLT).

Diante disso, a prestação de trabalho extraordinário por parte do empregado, nessa hipótese, é determinada unilateralmente pelo empregador no âmbito do poder de direção empresarial. Apesar de haver discussão acerca da constitucionalidade dessa medida, a jurisprudência reconhece essa prerrogativa do empregador com fulcro no inciso XVI do art. 7º da CF/88, tendo em vista que assente expressamente a viabilidade jurídica do serviço excepcional com a devida remuneração acrescida de adicional para tanto.

A CLT, por sua vez, não determina um limite temporal máximo para prestação laboral neste regime de prorrogação, apenas na hipótese dos empregados menores de idade, a qual é de quatro horas o montante total de horas suplementares. Isso não significa

que essa prorrogação de jornada em razão de força maior ou caso fortuito deva ser ilimitada, devendo sempre haver conformidade com os princípios da dignidade humana, proporcionalidade e razoabilidade. (DELGADO, 2019).

Concerne neste momento explicitar a modalidade de prorrogação em virtude de serviços inadiáveis, previsto pelo art. 61, caput e §2º da CLT. Assim como na modalidade de prorrogação explicitada anteriormente, trata-se de prorrogação não ordinária, incomum, que resulta na aferição de horas extras ao empregado.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1098):

A lei refere-se à dilação de jornada decorrente de necessidade imperiosa, vinculada à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61, caput, in fine). Trata-se, em suma, de serviços emergenciais, que não possam ser realizados em horário predeterminado ou não possam ser postergados, sob pena de inequívoca perda do resultado útil da respectiva tarefa ou trabalho ou claro prejuízo reflexo. São exemplos expressivos o descarregamento e armazenamento de produtos perecíveis ou a conclusão de reparos em aparelhos condicionadores essenciais.

Nota-se a semelhança em relação a prorrogação de jornada em razão de caso fortuito ou força maior, tanto é que o empregador é quem possui a prerrogativa de determinar que o empregado deva prorrogar sua jornada, nos mesmos termos acima explicitados. Da mesma forma, a jurisprudência reconhece a constitucionalidade dessa modalidade de prorrogação de jornada com fundamento no art. 7º, XVI da Constituição Federal.

O §1º do art. 61 da CLT, implementado pela reforma trabalhista, aduz que não é necessário qualquer tipo de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para que essa modalidade de prorrogação seja exercida. É nítido, portanto, o tamanho empenho da Lei 13.467/17 em focar nas negociações individuais sem a observância das imposições constitucionais de indispensabilidade de negociação coletiva.

No tocante a prorrogação de jornada de trabalho para reposição de paralisações empresariais, previsto pelo §3º do art. 61 da CLT, se assemelha as duas últimas prorrogações acima descritas. No entanto, o presente caso se difere no sentido de que a legislação impõe os limites máximos de prorrogação sendo de duas horas diárias e quarenta e cinco dias por ano, não importando o tempo em que a empresa tenha ficado paralisada. Além disso, essa modalidade, especificamente, exige que haja autorização prévia da autoridade administrativa trabalhista competente. (DELGADO, 2019).

Diante todo o exposto, é possível esclarecer que, diante da prestação de sobrejornada por parte do empregado, é devido adicional horas extras em percentual, pelo menos, 50% superior ao salário hora habitual. Essa figura jurídica é de extrema relevância para garantir ao trabalhador o devido adicional de remuneração para todos os fins trabalhistas em razão de prestação laboral que ultrapasse os limites de duração de trabalho estabelecidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas e pela Constituição Federal. Nas palavras de Delgado (2019, p. 1105):

As horas extras recebidas habitualmente pelo obreiro (e seu respectivo adicional) integram seu salário para todos os fins, refletindo-se em parcelas trabalhistas (13º salário, férias com 1/3, FGTS, aviso-prévio — se for o caso, etc.) e parcelas previdenciárias (salário de contribuição).

Conforme já fora explicitado, tanto o caput do art. 58 da CLT quanto o inciso XIII do art. 7º da Constituição estabelecem os limites de duração do trabalho dos trabalhadores urbanos e rurais, isto é, limite de 08 horas diárias e 44 horas semanais, sendo facultada a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Isso significa que o empregado que exerce jornada que ultrapasse o limite estabelecido em lei deverá receber adicional em sua remuneração à título de horas extraordinárias com os devidos reflexos nas demais parcelas salariais trabalhistas.

2.3. Sobreaviso e Sobrejornada

Os institutos justralhistas de sobreaviso e sobrejornada são de extrema relevância para reconhecimento de prestação laboral que exceda os limites de jornada de trabalho previstos em lei. O primeiro pelo fato de remunerar corretamente o trabalhador que permanece em regime de plantão, uma vez que pode ser acionado pelo empregador a qualquer momento. O segundo, conforme fora abordado no item 2.2 desta monografia, em razão da prestação laboral que ultrapasse a oitava hora diária e quadragésima quarta semanal, ocasionando em pagamento do devido adicional de horas extraordinárias.

No entanto, ampla é a discussão acerca do reconhecimento desses institutos, em especial o sobreaviso, tendo em vista que o dispositivo celetista que aborda esse tema, isto é, o art. 244, §2º, encontra-se desatualizado. Isso porque a disposição legal que trata do sobreaviso foi realizada para o contexto trabalhista dos ferroviários:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que falem à escala organizada.

(...)

§ 2º Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Nota-se que há menção expressa ao contexto de estradas de ferro, fato que resultava na aplicação de analogia para estender o sobreaviso a qualquer outra atividade laborativa. Além disso, o §2º fala sobre a enquadramento do regime de sobreaviso do empregado efetivo que permanece em sua “própria casa”. É notório que trata-se, novamente, de disposição temporalmente ultrapassada, visto que atualmente já existe o entendimento de que o empregado não precisa necessariamente estar inserido em sua própria casa para que ocorra a reconhecimento de sobreaviso. Em relação à restrição promovida por essa norma, Delgado (2019, p. 1039) esclarece que:

Esta significativa restrição à disponibilidade pessoal do empregado, que era compelido a permanecer em sua residência — restrição criada em benefício do empregador —, teria decorrido do fato de os equipamentos tecnológicos existentes à época da CLT (década de 1940) não permitirem outra alternativa de compatibilização com determinadas situações de atendimento a emergências (situações objetivadas pela sistemática do sobreaviso). O avanço tecnológico subsequente, contudo, suplantou tal restrição circunstancial, permitindo — por intermédio dos BIPs, pagers, telefones celulares e instrumentos congêneres — que o empregado se desloque livremente em direção a seus interesses pessoais, respeitada certa distância geográfica, podendo ser convocado em qualquer local em que se encontre. Não estaria, desse modo, significativamente contingenciado em sua disponibilidade pessoal, razão por que a situação fática envolvida seria sumamente diversa daquela figurada pelo preceito celetista analisado.

É nítido, portanto, que o art. 244 da CLT se encontra demasiadamente em descompasso com os avanços tecnológicos e também com a gama de atividades trabalhistas que também carecem de reconhecimento para fins de caracterização do regime de sobreaviso. Em razão disso, somente no ano de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) desenvolveu a Súmula nº 428 para contemplar o regime de sobreaviso, conforme destaca-se a seguir:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

O item I dessa súmula esclarece que apenas o uso de aparelhos como celular, *pager* ou BIPs não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso, devendo ser interpretado em conjunto com o item II dessa súmula. Esse item, por sua vez, certifica que é indispensável para caracterização do sobreaviso que haja submissão do empregado ao controle do empregador por meios de informática ou telemática enquanto aguarda ser chamado para o serviço. Embora a elaboração dessa Súmula tenha trazido importantes considerações acerca do instituto do sobreaviso, é evidente a carência de reforma legislativa em relação a regulamentação desse regime.

Importante frisar que tempo de sobreaviso cessa no momento em que o empregado atende ao chamado do empregador e comparece ao local de trabalho para desempenhar sua atividade laborativa. Isso significa que o empregado deixa de auferir a remuneração de 1/3 de salário a partir desse momento para receber remuneração regular ou extraordinária a depender das circunstâncias.

Neste diapasão, é importante destacar também a sobrejornada como medida de remuneração devida ao empregado que excede sua jornada ordinária de trabalho. Delgado (2019, p. 1087), dispõe que:

Jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual. É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta.

Diante desse entendimento, e conforme já foi devidamente esclarecido no presente trabalho, a sobrejornada é devida quando os limites de jornada de trabalho estabelecidos pela norma celetista e Constituição Federal são extrapolados, contanto que não ocorra alguma das hipóteses de prorrogação por motivo de força maior ou caso fortuito ou então que não haja previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Em suma, na hipótese do empregado que esteja aguardando ser convocado pelo empregador, nos moldes do regime de sobreaviso, mesmo após já ter cumprido sua jornada diária de oito horas ou semanal de quarenta e quatro horas, este fará jus ao recebimento das verbas de natureza de sobrejornada. Ora, mesmo após a jornada de trabalho ter se encerrado, é possível que o empregador necessite da mão-de-obra do

empregado para desempenhar alguma atividade laborativa, entretanto, é indispensável a remuneração adequada para tanto.

Isso quer dizer que a hora trabalhada pelo empregado que foi acionado por seu empregador, enquanto estava em regime de sobreaviso após ter concluído sua jornada diária ou semanal, merece ser acrescida do percentual de 50% previsto pelo §1º do art. 59 da CLT: “A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal. .” (BRASIL, 1943)

Diante do que fora exposto, é evidente que os institutos de sobreaviso e sobrejornada se diferem em sua essência, sendo independentes entre si em termos de caracterização. No entanto, também podem se sobrepor a depender das circunstâncias factó-jurídicas. É o que demonstra os entendimentos jurisprudenciais à seguir:

SOBREAVISO. AUSÊNCIA DE TRABALHO EM REGIME DE PLANTÃO OU EQUIVALENTE. LABOR EM SOBREJORNADA CONFORME PROVADO NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA.

Na hipótese dos autos, não ficou caracterizado o sobreaviso, pois ausente o regime de plantão ou equivalente, conforme o disposto na Súmula nº 428 do TST, mas situação de efetiva sobrejornada, pelo trabalho realizado por telefone fora do horário de expediente normal, razão pela qual há de ser mantida a sentença que condenou a ré ao pagamento de horas extras.

(TRT-3 RO: 00104225520145030092 MG 0010422-55.2014.5.03.0092, Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, Data de Julgamento: 20/07/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 21/07/2015. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 106. Boletim: Não.)

No sentido de sobreposição desses institutos:

HORAS EXTRAS. SOBREAVISO. REGIME DE ESCALA CONFIGURADO EM FACE DE LABOR EM DOMINGOS ALTERNADOS. ITEM II DA SÚMULA Nº 428 DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Esta corte superior, recentemente na sessão do Tribunal Pleno realizado em 14/08/2012, acrescentou novo item à Súmula nº 428, cuja redação é a seguinte: II – Consideira-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. 2. Na hipótese dos autos, consignou expressamente a Corte de origem, como fundamento para manutenção do pagamento das horas extras decorrentes do sobreaviso, o fato de o reclamante se submeter a regime de escala, visto que devidamente comprovado nos autos o trabalho em domingos alternados, bem como ser acionado pelo celular. 3. Recurso de revista não conhecido.

(TST – RR: 1950001720085090022, Relator: Lelio Bentes Correa, Data de Julgamento: 31/10/2021, 1ª Turma, Data de Publicação: 06/11/2012).

Nota-se, portanto, que a partir da vinculação da Súmula 428, no ano de 2012, a jurisprudência é certa em sujeitar a caracterização do regime de sobreaviso ao entendimento justralhista que compõe essa súmula. Além disso, a sobrejornada e

sobreaviso, a depender da situação fática, são, evidentemente, passíveis de ser caracterizados concomitantemente ou de maneira independente.

3. TELETRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo abordará as concepções a respeito do regime de teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nas concepções advindas da Reforma Trabalhista de 2017, com o ímpeto de estabelecer as possibilidades de fiscalização e controle da jornada de trabalho do empregado inserido nesse regime.

3.1 Mudanças no contrato de emprego e a Reforma Trabalhista

A Lei 13.467/17 trouxe profundas mudanças para as relações trabalhistas, especialmente na premissa de flexibilizar as normas que regulamentavam as negociações individuais entre empregador e empregado. O bordão “negociado sobre o legislado” tornou-se uma realidade para os vínculos justralhistas, possibilitando que acordos individuais pudessem ser firmados entre sujeitos de direito que se encontram em completa disparidade de negociação e sempre hipossuficientes em relação a seus contratantes, isto é, o patrão possui a prerrogativa de realizar “acordos” com seu subordinado, fazendo-o abrir mão de direitos trabalhistas com motivações quase que exclusivamente econômicas.

Esse cenário, conseqüentemente, provocou diversas mudanças nos contratos de emprego, fazendo com que a Reforma Trabalhista tenha causado uma redução significativa dos direitos trabalhistas considerados indisponíveis. Nas palavras de Carlos Bezerra Leite (2020, p. 19):

Na verdade, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, ela institui três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo os valores, os princípios e as regras de proteção ao trabalhador consagrados em diversas normas constitucionais e internacionais (...).

A Reforma Trabalhista, apesar de encontrar diversos problemas em seus princípios norteadores, regulamentou o regime do teletrabalho ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, suprimindo essa lacuna legislativa. É nítido que a lei celetista, fundada na década de 40, não abordava a modalidade do teletrabalho em razão da dependência desta

modalidade prestacional aos meios tecnológicos e de informática que sequer existiam naquela época. É o que leciona Delgado (2019, p. 1068):

A CLT, concebida na década de 1940, naturalmente não possuía regra específica sobre as novas formas de prestação laborativa, vinculadas aos inovadores meios tecnológicos. Apenas se reportava ao tradicional trabalho no domicílio, no antigo texto de seu art. 6º (“Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”), reportando-se também às situações laborativas externas ao ambiente físico empresarial (art. 62, I, CLT).

Isso significa que era crucial a promulgação de reforma trabalhista que viesse a implementar o regime do teletrabalho ao conteúdo da CLT, em razão das transformações sociais e trabalhistas que demandam uma resposta em tempo hábil do poder legislativo. Isso porque antes mesmo da Lei 13.467/17 ou da pandemia do coronavírus, momento no qual ocorreu imensa expansão da adoção do teletrabalho por empresas de todo o país, já havia uma vasta gama de empregados que prestavam trabalho em *home-office* e por meio de tecnologias de informação sem que houvesse previsão legal que abordasse especificamente essa modalidade de trabalho.

Diante disso, o teletrabalho foi implementado pelos artigos 75-A à 75-E da reforma trabalhista e pode ser compreendido como uma nova categoria do trabalho em domicílio, ou então *home-office*, empregado por meios de informática, comunicação via meios eletrônicos e utilização de aparelhos tecnológicos para prestação laboral. Porém, essa modalidade de trabalho não precisa ser exercida necessariamente no domicílio, desde que sejam empenhados os equipamentos eletrônicos indispensáveis para caracterização desse regime, como por exemplo a *internet*, informática e telefonia celular. (DELGADO, 2019).

Além deste aspecto, a reforma trabalhista trouxe grandes mudanças e inovações ao contrato de emprego, sendo que algumas merecem maior destaque em razão do objetivo proposto por este trabalho, tais como a rescisão contratual de comum acordo, dispensa da homologação sindical para rescisão contratual, data e forma de pagamento das verbas rescisórias e termo de quitação anual.

De partida, cumpre ressaltar que a rescisão contratual de comum acordo diz respeito à modalidade de rescisão implementada pela reforma trabalhista, a qual compreende-se ao desligamento que ocorre através de uma decisão consensual entre o empregado e empregador. O art. 484-A da CLT foi implementado pela Lei 13.467/17 para abordar essa modalidade de rescisão, estabelecendo que serão devidas pela metade as

verbas de aviso prévio, se indenizado, e a multa de 40% do FGTS. Por outro lado, deverão ser pagas na integralidade as demais verbas rescisórias. Além disso, a rescisão contratual por comum acordo permite que o empregado tenha acesso à conta do Fundo de Garantia para que possa movimentar apenas 80% do valor dos depósitos. Para piorar, o empregado não faz jus ao benefício rescisório do Seguro-Desemprego, independentemente do tempo de sua prestação laboral. Nota-se que o conteúdo do art. 484-A é mais um exemplo de norma celetista que cria prerrogativas para que o empregador possa reduzir o custo com verbas rescisórias que anteriormente eram incontestáveis ao empregado.

Em seguida, destaca-se a dispensa da homologação sindical para cumprir com rescisão contratual. A reforma trabalhista revogou os parágrafos 1º e 3º do art. 477 da CLT, os quais estabeleciam a homologação sindical ou por autoridade do falecido Ministério do Trabalho, Previdência Social ou Justiça do Trabalho como requisito para validação da rescisão contratual de vínculo trabalhista exercido há mais de um ano. Trata-se de revogação que visa a facilitar extinção do contrato de emprego, o que diminui a segurança jurídica e facilita a ocorrência de dispensas irregulares que prejudiquem os direitos trabalhistas dos empregados, que já não terão o acompanhamento obrigatório do órgão sindical para verificar e fiscalizar possíveis rescisões ilícitas. Dessa forma, é possível perceber que os acordos individuais, após a reforma, podem prevalecer sobre a própria norma celetista.

Ademais, é de suma importância a abordagem das alterações na data e forma de pagamento das verbas rescisórias trazidas pela Lei 13.467/17. O novo entendimento é de que o pagamento dessas verbas deverá ser realizado em até dez dias a partir do término do contrato de trabalho, em qualquer hipótese, conforme aduz o parágrafo 6º do art. 477. Antes disso, esse pagamento deveria ocorrer no primeiro dia após a rescisão do contrato ou até o décimo dia.

A forma de pagamento das verbas rescisórias, após a reforma trabalhista, pode se dar por meio de dinheiro em espécie, depósito bancário ou cheque visado quando houver comum acordo entre empregado e empregador, conforme preveem os incisos I e II do parágrafo 4º do art 477 da CLT. No entanto, caso o empregado seja analfabeto, a quitação dessas verbas ocorrerá apenas por dinheiro ou depósito bancário. Antes da reforma, a única forma possível para realizar a quitação das verbas rescisórias era o pagamento em dinheiro, não havendo margem para a opção de depósito bancário.

Por fim, é essencial tratar do termo de quitação anual, modalidade implementada pela reforma trabalhista. Trata-se de instrumento que estabelece ampla autonomia entre

as partes do vínculo de emprego no que diz respeito às obrigações trabalhistas. Isso porque seu objetivo é estipular que houve a devida quitação dos encargos trabalhistas havidos na relação entre empregado e empregador no período de um ano. Desta forma, o empregado pode apresentar ao sindicato o referido termo que confirme o pagamento recebido pelo ano trabalhado. Esse instrumento tem o intuito de extinguir divergências em relação aos pagamentos devidos ao empregado para evitar que ocorram ações trabalhistas incabíveis, visto que a apresentação desse termo de quitação anual pode inviabilizar o seguimento de uma possível reclamatória trabalhista. A norma celetista, antes da reforma, não estipulava nenhum tipo de termo dessa natureza que desse tamanha autonomia para a relação desbalanceada existente entre empregado e empregador.

Em suma, é notório que a reforma trabalhista de 2017 passou a reforçar a lógica de flexibilização e despadronização de normas que visavam estabelecer um contexto de maior proteção aos direitos trabalhistas dos empregados. Nas palavras de José Dari Krein, Ludmila Abílio e Pietro Borsari (2021, p. 256):

Nesta perspectiva, a hipótese é que a reforma trabalhista reforça o movimento de flexibilização ou despadronização da jornada e da, ao mesmo tempo, maior respaldo legal as reconfigurações em curso nos últimos anos para utilização do tempo de trabalho das pessoas, no sentido de ajustá-lo as necessidades do capital e não dos trabalhadores. São estes últimos que precisam se ajustar a dinâmica da atividade econômica. É uma inversão da construção dos direitos e da proteção social desde o século XIX, em que a regulamentação da jornada, como expressão dos conflitos entre capital e trabalho, tinha como horizonte limitar o número de horas e preservar uma condição de vida pessoal saudável e socialmente organizada.

Além da ênfase em promover ou reformar normas que desequilibram ainda mais a relação de emprego, é nítido que a reforma também trouxe transformações e inovações principalmente no que diz respeito a flexibilização de normas que versam sobre os procedimentos de rescisão do contrato de emprego. Com efeito, José Dari Krein e Marilane Oliveira Teixeira (2021, p. 156) destacam que:

A reforma, ao priorizar um ambiente favorável aos empresários gerirem o trabalho, tende a criar condições para o avanço de formas mais precárias de trabalho, em que os trabalhadores podem ficar em uma situação de maior vulnerabilidade, afetando a própria dignidade humana.

O foco da reforma trabalhista é voltado especialmente ao incremento da flexibilização da relação de emprego existente entre o empresário detentor do capital e ao empregado inserido em um mercado de trabalho cada vez mais precário.

3.2 Responsabilidades e fiscalização da jornada no teletrabalho

Dentre as responsabilidades que competem ao empregador, a fiscalização da jornada de trabalho de seus empregados é, sem dúvida, um dos temas que mais gera discussões dentro da relação de trabalho. Isso porque o controle de jornada é imprescindível para estimar a duração do trabalho do empregador, o que impacta em uma série de direitos trabalhistas, como adicionais de sobrejornada, sobreaviso, trabalho noturno e intervalo intra e interjornada.

Devido a isso, o empregador fica sujeito a observar as normas celetistas que versam sobre a forma como a jornada deverá ser fiscalizada. A título de exemplo, antes da reforma trabalhista, a norma celetista determinava que, na hipótese de haver mais de dez funcionários prestando serviço em uma empresa, o empregador era responsável por disponibilizar registro de ponto para estimar com maior precisão a jornada de trabalho de seus subordinados. Com o advento do art. 74, §2º Lei 13.874/19, o número de empregados necessários para que essa medida seja tomada pelo empregador subiu para vinte. É importante ressaltar que os estabelecimentos que possuam mais de vinte empregados são obrigados a disponibilizar o registro de ponto, no entanto, essa forma de controle de jornada pode ser aplicada a empresas que possuam menos de vinte empregados caso seja de interesse do empregador. Essa matéria também é abordada pela desatualizada Súmula 338 do TST:

- I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, §2º da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.
- II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.
- III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Nesse aspecto, a norma celetista permite que seja realizada a fiscalização da jornada de trabalho com registro de ponto manual, mecânico ou eletrônico, tendo em vista

que as atuais formas de trabalho, principalmente as que são prestadas externamente e envolvem o uso de tecnologias de informática, necessitavam que a lei trabalhista possibilitasse uma maneira eletrônica de realizar o controle de jornada. É justamente o que expressa o parágrafo 3º do art. 74 da CLT: “Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo.” (BRASIL, 2019).

Ora, o trabalho fora das dependências do empregador que cumpre com os requisitos de pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade e que utiliza de meios telemáticos e de tecnologias digitais deveria estar sujeito a fiscalização pelos meios eletrônicos mencionados pela legislação. Todavia, a reforma trabalhista, curiosamente, optou por fazer menção expressa ao teletrabalho no rol de exceções de controle de jornada do art. 62 da CLT, resultando na supressão de adicionais voltados a duração do trabalho.

Em um primeiro momento, cabe ressaltar o que expõe o art. 6º da CLT acerca da equiparação entre o trabalho presencial e externo: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.” (BRASIL, 2011). Se a própria norma celetista se preocupou em não distinguir essas formas de trabalho, não é possível notar razoabilidade no tratamento distinto dado pela Lei 13.467/17 a outros regimes de atividade laborativa.

É certo que algumas prestações laborais realmente possuem imensa dificuldade para que seja realizada a fiscalização de jornada, como é o caso dos vendedores cuja atividade seja externa e remunerada por comissões. Tanto é assim que o inciso I do art. 62 trata a respeito desse tema: “os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;” (BRASIL, 2017). Percebe-se que a fiscalização da jornada desses trabalhadores pelos métodos presenciais de controle de jornada beira o impraticável. No entanto, essa exclusão não se dá apenas pelo fato de tratar-se de atividade externa, mas leva em consideração também as características específicas da autonomia que o empregado possui para desenvolver sua prestação laboral em lapso temporal descontínuo e de árdua supervisão por parte do empregador, fazendo com que o próprio empregado seja o árbitro de sua atividade. As decisões do TST a seguir ilustram perfeitamente esse entendimento:

CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Logo, não é a ausência de fiscalização direta que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, e sim a impossibilidade de controle, hipótese não configurada no caso em análise, tendo em vista que a leitura do acórdão recorrido revela que a jornada de trabalho autoral era passível de fiscalização indireta, por meio dos Relatórios Semanais de Promotores de Vendas. Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 8872120145120038, relator: Delaíde Miranda Arantes, data de julgamento: 26/6/19, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/6/19).

No mesmo sentido:

(...) HORAS EXTRAS. MOTORISTA DE CAMINHÃO. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO. A sentença acolheu o pedido do reclamante – motorista – de horas extras, em relação a período anterior à vigência da Lei 12.619/2012. O fato de o empregado prestar serviços de forma externa, por si só, não enseja o seu enquadramento na exceção contida do artigo 62 da CLT. O rastreamento via satélite, diferentemente do tacógrafo, viabiliza o controle da jornada de trabalho do empregado motorista, porquanto se realiza mediante aparelho que capta sinais de GPS e permite a transmissão de dados, como a localização exata do veículo, o tempo no qual ficou parado e a velocidade em que trafegava. Viabilizava-se, dessa forma, o controle da jornada de trabalho pela Reclamada, com a utilização do rastreamento via satélite. Julgados. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST-RR 24327-87.2015.5.24.0002, 6ª T., Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 28.06.2019).

Com base no que fora exposto até aqui, é nítido que a responsabilidade em fiscalizar a jornada de trabalho é do empregador, motivo pelo qual não deveria o empregado suportar o ônus da suposta dificuldade no controle da jornada, é facultada ao empregador a possibilidade de fazê-lo inclusive por meios de técnicas eletrônicas, as quais encontram-se em alto nível de desenvolvimento e possibilitam contornar inúmeras dificuldades, como é o caso do trabalhador externo. Isso significa que, caso o empregado que exerça atividade externa em que seja plausível de aferição de jornada, deve ser afastada a incidência do inciso I do art. 62 da CLT, fazendo com que este faça jus ao recebimento dos direitos trabalhistas voltados a duração do trabalho. Nesse sentido, a interpretação desse dispositivo legal não deve ser, em hipótese alguma, extensiva, de modo a permitir que outras categorias ou regimes de trabalho possam ser incluídas na regra desse inciso.

Sob outra perspectiva, o inciso II do art. 62 da CLT trata a respeito da exclusão de fiscalização de jornada de empregados que exercem cargo de gerência, assim

considerados cargos de gestão, equiparando-os aos diretores e chefes de departamentos ou filiais. Trata-se de exclusão que tem como fundamento a presunção de que os empregos que ocupam esses cargos possuam maiores encargos de autonomia organizacional e administrativa, atuando em alguns casos como se fossem o próprio empregador. Em função disso, em regra, a remuneração para cargos dessa natureza costuma ser maior do que a de empregados que possuem cargos hierarquicamente inferiores dentro da mesma empresa. Embora a confusa redação, o parágrafo único do art. 62 da CLT determina que essa majoração salarial seja, no mínimo, de quarenta por cento da remuneração ordinária: “será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%” (BRASIL, 1994).

No entanto, para que seja aplicado o afastamento de fiscalização de jornada previsto pelo inciso II do art. 62 da CLT, é indispensável a prova de que, de fato, o empregado exercia as funções exigidas pelo cargo de gerência, tomando para si diversas das responsabilidades e prerrogativas do empregador. Para ilustrar esse entendimento, destaca-se a recente decisão do TRT do estado de São Paulo:

HORAS EXTRAS E EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE GERENTE: Para a configuração do cargo de confiança não basta a simples denominação de gerente, responsável, representante, gestor de categoria ou chefe de seção, tampouco, a comprovação de recebimento de remuneração diferenciada (no mínimo superior a 40% da normal - artigo 62, parágrafo único da CLT). Para que fique caracterizado o exercício de cargo desta natureza, mostra-se imprescindível o efetivo exercício de mando de gestão ou de representação, mediante a prática de atos próprios da esfera do empregador, com ampla autonomia para a tomada de decisões importantes na vida da empresa. Caso contrário, o empregado não pode ser enquadrado na exceção prevista no artigo 62, II da CLT, tornando compatível a fiscalização da jornada e, por conseguinte, a percepção de horas extras. Recurso ordinário patronal não provido no particular pelo Colegiado Julgador. (TRT/SP, 11ª Turma, RO 1001501-50.2018.5.02.0069, Relator RICARDO VERTA LUDUVICE, Publicado em 22/01/2020).

Com efeito, essa decisão reforça a tese de que devem ser observadas as circunstâncias factó-jurídicas para correta aplicação da exceção de fiscalização de jornada prevista pelo inciso II do art. 62. No entanto, a Súmula 287 do TST apresenta norma que estabelece a presunção de que o gerente-geral de agência bancária exerce cargo de gestão: “A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, §2º da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.”

Ainda tratando a respeito desse mesmo artigo, nota-se que o inciso III faz menção ao teletrabalho, excluindo expressamente esse regime de prestação laboral de qualquer possibilidade de fiscalização de jornada. Diferentemente dos dois primeiros incisos do artigo 62, os quais, diga-se de passagem, possuem fundamento empírico razoável, o inciso III é desprovido de justificativa plausível e apresenta uma lógica no mínimo questionável, conforme será apresentado no capítulo seguinte.

3.3 Possibilidade fática e técnica do controle da jornada no teletrabalho

O regime de teletrabalho demonstra ser cada vez mais uma modalidade de prestação de serviço vantajosa para ambos os polos da relação trabalhista havida entre empregador e empregado. Isso porque, principalmente nas atuais circunstâncias pandêmicas, a prerrogativa de trabalhar em casa se mostra cada vez mais viável, adequada e produtiva, fazendo com que grande parte dos empregados prefiram prestar serviço neste regime. Tanto é assim que a pesquisa realizada pelo Betania Tanure Associados (BTA) em março de 2020 aponta que, até aquela data, o *home office* se tornou o principal modelo de trabalho para 43% das empresas brasileiras durante a pandemia. Além disso, conforme aponta o estudo realizado em maio de 2020 pelo coordenador do MBA em Marketing e Inteligência de Negócios Digitais da Fundação Getúlio Vargas (FGV), André Miceli, o *home office* deve ter um crescimento de 30% após o término da pandemia do covid-19. Desta forma, é possível notar o já consistente e potencial crescimento desse regime de trabalho para o cenário trabalhista brasileiro, fato que justifica ainda mais necessidade de atenção a este regime, que em função da vertiginosa expansão, produzirá uma expressiva quantidade de conflitos a serem apreciados pelo poder judiciário.

Diante desse nítido crescimento, a norma trabalhista já possui disposição que equipara os empregados que trabalham remotamente aos que trabalham presencialmente, conforme demonstra o art. 6º da CLT. A reforma trabalhista, contudo, se esforçou para criar distinção expressa que rompe com a tese de equiparação previamente apresentada ao elaborar o inciso III do art. 62 da CLT. Neste aspecto, Leite (2020, p. 280) defende que:

Parece-nos que essa nova disposição acaba por discriminar o trabalhador a distância como se sua jornada não pudesse ser controlada, equiparando-os aos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário. A nosso ver, se houver possibilidade de controle de jornada do regime de

teletrabalho ou do trabalho a distância, não se aplica a regra do novel inciso III do art. 62 da CLT.

Isso significa que o teletrabalho não deve ser equiparado às atividades externas incompatíveis com a fixação de horário e conseqüente fiscalização de jornada, uma vez que, apesar de ser exercido externamente, é regime de trabalho de natureza demasiadamente distinta e passível de controle de duração do trabalho. É necessário esclarecer que o teletrabalho é modalidade de prestação laboral que certamente não é plausível de ter sua jornada de trabalho fiscalizada por meio de métodos presenciais, ou seja, o registro de ponto manual ou supervisão ocular do empregador não são capazes de aferir o tempo de jornada dos teletrabalhadores. Por outro lado, a norma celetista aborda a possibilidade de controle de jornada de trabalho por meios digitais e eletrônicos no intuito de evitar que ocorra a supressão de direitos trabalhistas voltados a duração do trabalho. Neste aspecto, Delgado (2019, p. 117) leciona que:

De todo modo, a prática justralhista tem demonstrado que a simples circunstância de ser o trabalho realizado externamente não elimina, em extensão absoluta, a viabilidade de certo controle e fiscalização sobre a efetiva prestação laboral. Existindo tal controle e fiscalização, torna-se viável mensurar-se a jornada trabalhada (...)

Nota-se, portanto, que a doutrina se posiciona favoravelmente em relação a ideia de possibilidade de fiscalização da jornada de trabalho dos teletrabalhadores, fazendo com que estes façam jus ao recebimento de adicionais de sobrojornada, sobriso, hora noturna e intervalos intra e interjornada. Dessa forma, entende-se que a interpretação mais razoável do inciso III do art. 62 da CLT seria a de considerar a presunção jurídica relativa, admitindo que o teletrabalhador possa produzir prova que demonstre que sua jornada de trabalho é passível de fiscalização.

Ademais, diante da evidente modernização da relação trabalhista do regime de teletrabalho, além das possibilidades interpretativas, é necessário que haja também diversificação nas maneiras práticas de fiscalização da jornada de trabalho por parte do empregador. O teletrabalho, desenvolvido a partir de técnicas de tecnologia e informática, é passível de ser fiscalizado por meios tecnológicos e informáticos, como por exemplo a utilização de *softwares* que aferem com precisão as atividades que estão sendo desenvolvidas pelo teletrabalhador enquanto este se encontra devidamente logado, monitorando a prestação laboral do empregado. Outra opção seria a estipulação de produção mínima diária que deva ser desenvolvida pelo empregado dentro dos limites de

sua jornada de trabalho, fazendo com que, caso houvesse a ultrapassagem desse limite, os adicionais de horas extraordinárias ou adicional noturno deveriam ser contabilizados e posteriormente remunerados ao empregado. Nesse sentido, Leite (2020, p. 281) expõe que:

Enfim, se, à luz do princípio da primazia da realidade, for possível o controle da jornada, cujo ônus de provar o fato constitutivo do direito é do empregado em domicílio, fará este jus às horas extras e às horas noturnas. Esse entendimento se aplica também ao empregado em regime de teletrabalho ou trabalho a distância.

Com efeito, existem diversas maneiras de comprovar o tempo efetivamente trabalhado pelo empregado que exerce sua atividade em regime de teletrabalho, fazendo com que haja possibilidade de aferir a jornada de trabalho para fins de remuneração. Tanto é assim que CASSAR (2012, p. 712) possui o entendimento de que:

Há forte presunção de que teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Se, todavia, o empregado de fato for monitorado por webcâmera, intranet, intercomunicador, telefone, número mínimo de tarefas diárias etc., terá direito ao Capítulo "Da Duração do Trabalho", pois seu trabalho é controlado. Aliás, o parágrafo único do art. 6º da CLT é claro no sentido de que 'Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio'. (CASSAR, 2012, p. 712).

Tanto é assim que a escassa jurisprudência pós reforma que trata a respeito desse tema já apresenta indícios de consolidação, reconhecendo o *login* como ponto de partida da jornada de trabalho do trabalhador que exerce trabalho presencial, conforme pode ser observado nos julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª e 24ª Região que seguem:

HORA EXTRA – TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR MAIOR QUE 5 (CINCO) MINUTOS DIÁRIOS – AUSÊNCIA DE REGISTRO ANTES DE FAZER O LOGIN AO SISTEMA DE REGISTRO DA JORNADA. O tempo gasto pelo empregado, superior a 5 (cinco) minutos diários, desde a catraca de entrada no estabelecimento da ré, dirigir-se aos armários e se deslocar até a sessão de trabalho, localizar alguma máquina livre e funcionando, para ligá-la e fazer login ao sistema que registrará o início do cômputo da sua jornada, deve ser remunerado como tempo efetivo à disposição do empregador, nos termos do caput do art. 4º da CLT, e seu pagamento será na forma de hora extra, com adicional de 50%, por extraporal a jornada pactuada. Recurso obreiro provido parcialmente. (TRT-20 00019889320165200008, Relator: JORGE ANTONIO ANDRADE CARDOSO, Data de Publicação: 09/10/2018).

Ainda no mesmo sentido:

CONTRATO DE TRABALHO. Contrato de trabalho extinto antes da vigência da Lei n. 13.467/2017. Alteração legislativa sem influência na presente relação processual. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE JORNADA. A prova dos autos demonstra que o início da jornada coincidia com o login e o término com o logoff, portanto, são válidos os cartões de ponto de todo o vínculo. Recurso obreiro não provido. [...] DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. MAJORAÇÃO DA JORNADA RECONHECIDA. A reclamante pretende a integração de 10 minutos diários e o pagamento das horas extras decorrentes do tempo de login/logoff (5 minutos) e do tempo excedente ao mínimo legal concedido a título de intervalo para repouso e refeição (5 minutos) para remuneração de DSR relativos aos feriados e domingos não compensados. Recurso patronal não provido. (TRT-24 – ROT: 00251471220155240001 MS, Relator: RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA, Gabinete da Presidência, Data de Publicação: 06/05/2019).

Nota-se, portanto, que já existem entendimentos de que o *login* pode ser aceito como o marco de início da jornada de trabalho, possibilitando que seja possível controlar o tempo de duração do trabalho para fins de remuneração de horas extraordinárias e até mesmo para interpretações do tempo real de disposição ao trabalho. Dessa forma, é possível aduzir que, a depender do caráter e das circunstâncias do ofício desenvolvido pelo empregado que presta sua atividade no regime de teletrabalho, o uso de ferramentas de tecnologia pode, fácil e precisamente, aferir com precisão sua jornada de trabalho.

No entanto, é razoável esclarecer que, a depender das particularidades da atividade laborativa, somente o tempo de *login* do empregado, sem qualquer outro controle para aferição do tempo efetivamente trabalhado, não é suficiente para computar sua jornada de trabalho. A conexão a sistema interno de controle de jornada da empresa ou registro de que o trabalhador está conectado a seu instrumento de trabalho não plausível de medir a realidade da prestação do serviço que fora desenvolvido, uma vez que é necessário haver a adoção de outros métodos de fiscalização, concomitantemente. Isso significa que o tempo de *login* do empregado que presta labor em regime de teletrabalho é essencial para haver o controle de jornada, porém, em alguns casos, não basta por si só, fazendo com que seja necessário haver também outras formas de aferição de jornada, como por exemplo a comunicação regular com o empregador, desde que ocorra dentro de seu período de jornada, plano de tarefas a ser desenvolvido dentro de uma faixa pré determinada de tempo ou até mesmo a presença e participação em reuniões que ocorram de maneira virtual.

Em vista disso, é possível constatar que a impossibilidade de controle de jornada somente deve ser confirmada após análise factó-jurídica das circunstâncias particulares de cada atividade laborativa, somente após plena evidência de que os métodos de

fiscalização, tanto presenciais quanto os que envolvem o uso e aplicação de tecnologia não são capazes de aferir com precisão a jornada de trabalho do empregado. A mera análise dos dispositivos legais que excluem determinadas prestações de serviço do controle de jornada não merece prosperar sem a análise minuciosa do contexto trabalhista em que o empregador está inserido, especialmente as normas do art. 62 da CLT.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS CELETISTAS DO TELETRABALHO SEM LIMITE DE JORNADA

O presente capítulo tem o intuito de desenvolver a tese de que as regras celetistas criadas pela Lei 13.467/17, que dispõem sobre o teletrabalho, em sua maioria, se encontram em desconformidade com os parâmetros constitucionais pelo fato de criarem restrições específicas ao trabalho remoto sem qualquer observância ao princípio da dignidade humana voltada ao direito fundamental ao trabalho.

4.1 A nova regra do artigo 62, III, da CLT.

De partida, é essencial esclarecer que o inciso III do art. 62 da CLT, implementado pela Lei 13.467/17, em linhas gerais, tem o intuito de afastar a necessidade de fiscalização e controle de jornada dos empregados que prestam atividade laborativa em regime de teletrabalho. Trata-se de norma que opta por excluir o teletrabalho do bojo de modalidades de prestação de trabalho que são passíveis de fiscalização de jornada, tendo como fundamento a suposta impossibilidade de aferimento do tempo real que o empregado que está inserido neste regime labora. Isso implica no afastamento de direitos trabalhistas dos empregados relacionados a duração de trabalho, como o reconhecimento de sobrejornada, sobreaviso, adicional noturno e intervalo intra e interjornada. Neste aspecto, cumpre destacar o conteúdo do art. 62, III da CLT: “Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho.”

Nota-se que este dispositivo não faz qualquer tipo de ressalva a respeito das particularidades da atividade desenvolvida em regime de teletrabalho, deixando de considerar hipóteses em que a fiscalização de jornada é plenamente capaz de ser realizada. Isso significa que, por mais que as características da atividade que está sendo desenvolvida permitam que haja monitoramento do tempo trabalhado por meio de técnicas que envolvam tecnologia, informática e meios de comunicação à distância, o legislador

não se preocupou em prever esse tipo de situação e afastar a aplicação do inciso aqui abordado. Por meio de uma análise objetiva do texto legal, há a impressão de que o simples fato de o ofício estar sendo desenvolvido remotamente, via utilização de ferramentas digitais e de informática seja suficiente para afastar o reconhecimento e controle de jornada, afastando o reconhecimento de direitos trabalhistas diretamente ligados à duração do trabalho.

Dessa forma, resta ao intérprete da lei o trabalho de decifrar o inciso III do art. 62 por meio de uma hermenêutica razoável que vise a contemplar as particularidades e circunstâncias reais do trabalho desenvolvido remotamente, isto é, compreender esta norma como presunção relativa de direito que admite prova em contrário. Em outras palavras, deve ser admitida a possibilidade do empregado inserido no regime de teletrabalho produzir contra-prova que vise desconstituir a presunção prevista pelo dispositivo legal em pauta. Nota-se que é lamentável que a presunção estabelecida em lei seja desfavorável ao empregado, incumbindo a este o ônus probatório de produzir prova com o intuito de desfazer presunção que limita o reconhecimento de seus direitos.

Os incisos I e II do art. 62 da CLT também realizam a exclusão de aferimento de jornada de trabalho de determinadas atividades laborativas, sendo as que são desenvolvidas externamente incompatíveis de fiscalização e dos cargos de gestão, respectivamente. Ora, o fundamento da exclusão de aferimento do inciso I se dá pelo fato de que, em tese, a fiscalização da jornada desse empregado beira o impraticável, não havendo possibilidade de realizar esse controle pelos métodos tradicionais de supervisão, como o registro de ponto manual ou inspeção ocular por parte do empregador. Por outro lado, o fundamento para a exclusão prevista pelo inciso II presume que os empregados que exercem cargos dessa natureza possuem remuneração majorada em face das responsabilidades que assumem, muitas vezes desenvolvendo sua atividade laborativa com os encargos e comportamento do próprio empregador. Ambos incisos realizam presunções que levam em conta as singularidades das atividades laborativas abordadas. Dessa forma, a interpretação do inciso III não deve ser diferente, sendo indispensável que este dispositivo legal seja interpretado sob ótica de presunção relativa que faça valer as peculiaridades da atividade desenvolvida em regime de teletrabalho.

Para ilustrar o que fora previamente apresentado, nada melhor do que as palavras de Delgado (2017, p. 133):

De fato, a Lei da Reforma Trabalhista introduziu novo inciso III no art. 62 da Consolidação, de forma a estabelecer a ressalva de que "os empregados em regime de teletrabalho" não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II celetista em análise ("Da Duração do Trabalho"). Essa ressalva coloca os empregados em regime de teletrabalho (art. 61, III) ao lado dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (art. 61, I, CLT) e dos gerentes, "assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeitos do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial" (art. 62, 11, CLT). A nova regra legal, entretanto, fixa apenas uma presunção jurídica: a de que, em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários; por essa razão, ele fica excluído das regras da CLT que regulam, ilustrativamente, assuntos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ ou extraordinárias, além de intervalos trabalhistas. Trata-se, naturalmente, de presunção relativa - que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 133)

Ademais, para que a interpretação desse dispositivo não enseje em nenhum tipo de supressão de direitos justralhistas, que resulte em lesão a direitos fundamentais, é necessário que esteja em conformidade com as garantias constitucionais que têm o intuito de vedar a discriminação do trabalho e regular o patamar civilizatório mínimo das relações trabalhistas, equiparando a subordinação dos empregados que exercem atividade tanto em regime de teletrabalho quanto presencialmente. Essa fundamental consonância entre o inciso III do art. 62 da CLT e a Constituição Federal Brasileira será abordada adiante.

4.2 Controle de constitucionalidade das regras celetistas reformadas.

É nítido que as normas trazidas pela Lei 13.467/17 possuem fundamentos que buscam priorizar a negociação individual de direitos trabalhistas entre o empregador e empregado, como se essa relação jurídica fosse nivelada e igualitária, fazendo com que o bordão "negociado sobre o legislado" se torne princípio que aprofunda ainda mais as desigualdades existentes no mercado de trabalho brasileiro no tocante a disposição de direitos justralhistas. Ora, no contexto de um Estado Democrático de Direito, é arriscado dizer que a negociação realizada entre particulares a respeito de direitos fundamentais deve prevalecer sobre o que está disposto no ordenamento jurídico.

Em consonância com o que será exposto a seguir neste item, o controle de constitucionalidade é instituto que, dentro de suas prerrogativas, resguarda a hierarquia das normas do ordenamento jurídico, afirmando a suprallegalidade da Constituição Federal perante as normas infralegais. Tanto o controle difuso quanto o concentrado possuem o intuito de afirmar ou negar a constitucionalidade de determinada norma do

ordenamento jurídico brasileiro, desde um decreto municipal até a reforma de regras celetistas. Tendo em vista que o foco principal desta monografia é a discussão acerca do reconhecimento de remuneração voltada a jornada dos empregados inseridos no regime de teletrabalho, isto é, remuneração por sobrejornada, adicional noturno e sobreaviso, será demonstrado o motivo pelo qual determinadas normas celetistas reformadas não estão em conformidade com a Constituição Federal de 1988, em especial o inciso III do art. 62 da CLT, incorporado pela Lei 13.467 de 2017.

De partida, cumpre destacar o conceito de bloco de constitucionalidade desenvolvido por PADILHA (2020, p. 130):

No Brasil, o bloco de constitucionalidade pode ser entendido como o conjunto de regras, princípios, valores constitucionais, dispositivos dos ADCT, Emendas Constitucionais e tratados internacionais com hierarquia constitucional (art. 5.º, § 3.º, CRFB), que servem como parâmetro para controle de constitucionalidade.

Nota-se que o bloco de constitucionalidade é orientação essencial para o controle de constitucionalidade, fazendo com que as regras, princípios, valores e até mesmo dispositivos dos ADCT possam servir como fundamentação para alegar possível inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada norma infralegal, verificando os requisitos formais e materiais.

Para entender a inconstitucionalidade cabível de reconhecimento às normas celetistas reformadas, é necessário conhecer as variações e a maneira ou motivação pela qual pode ocorrer. Sob o prisma das regras celetistas reformadas, cabe explicitar duas das espécies de inconstitucionalidade: a formal e material. A formal pode se dar de maneira subjetiva, objetiva, orgânica ou por violação de pressuposto objetivo do ato normativo.

A primeira incide quando há vício na iniciativa para elaboração da proposta de emenda constitucional ou processo legislativo em sentido amplo. A objetiva ocorre quando existe vício no procedimento, isto é, na tramitação do processo legislativo em sentido amplo. Já a orgânica se dá na hipótese em que há falha na competência legislativa para elaboração do ato. A violação de pressuposto objetivo do ato normativo, por sua vez, incide quando o vício atinge pressuposto obrigatório para realização do ato. (PADILHA, 2020).

No tocante a modalidade material, trata-se de hipótese em que a inconstitucionalidade se refere a matéria abordada pela lei, ou seja, pelo assunto versado

pelo ato normativo. Em tese, toda inconstitucionalidade material está relacionada à formal, tendo em vista que, caso a votação e análise de determinada reforma legislativa ou ato normativo tivesse ocorrido corretamente, não haveria espaço para inconstitucionalidade material, uma vez que sequer seria dado seguimento a apreciação de ato normativo que possui vício material. Portanto, é possível notar que há a possibilidade de estabelecer tanto a inconstitucionalidade formal quanto a material para o mesmo tema.

Neste aspecto, intenta-se demonstrar os vícios de constitucionalidade formais e materiais da Lei 13.467/17, pois, primeiramente, há de se reconhecer que o vício formal diz respeito diretamente ao procedimento de elaboração da reforma trabalhista. Isso porque, conforme já foi demonstrado reiteradamente ao decorrer desta monografia, é possível perceber que o foco da reforma era de flexibilizar as negociações individuais realizadas entre os polos da relação trabalhista, abrindo margem para a ampliação de regimes de emprego que acabaram por precarizar a prestação de serviço em diversos setores da economia. Tudo isso acabou por priorizar formas de trabalho que contrariam as garantias legais já existentes, especialmente as garantias constitucionais. Logo, o projeto de lei 38/2017, embrião da Lei 13.467/17, não poderia ter sido provido e sequer dado seguimento a votação que o aprovou. Além disso, qualquer projeto de lei com o intuito de aprovar reforma legislativa que verse sobre a implementação de normas que abordem assuntos expressamente vedados pela constituição é formalmente inconstitucional.

Após esclarecer essa ocorrência de inconstitucionalidade formal, é cristalino que, conseqüentemente, há também a ocorrência de vício material de constitucionalidade, visto que os temas aprovados pela reforma versam, por exemplo, sobre a exclusão do reconhecimento de direitos trabalhistas de determinadas categorias de emprego, não observância a obrigatoriedade de convenção ou acordo coletivo para negociação de verbas rescisórias, dispensa de obrigatoriedade de acompanhamento sindical no exame da rescisão do contrato de trabalho, entre outras matérias que afrontam diretamente as disposições presentes na Constituição Federal.

O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, possui mecanismos passíveis de restringir a produção de efeitos das normas da reforma trabalhista que contrariem a Lei Suprema, como é o caso do controle de constitucionalidade repressivo na forma difusa e concentrada. Este primeiro pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, tendo como objeto a análise da compatibilidade de leis ou atos normativos federais, estaduais, distritais ou municipais com a Constituição Federal. Trata-se de modalidade de controle de

constitucionalidade que se restringe apenas ao caso concreto, gerando efeitos *inter partes*. Isso significa que a declaração de inconstitucionalidade é obtida somente para o interesse dos sujeitos processuais que estão envolvidos no caso concreto analisado por juiz ou tribunal, fazendo com que não ocorra qualquer tipo consequência em âmbito geral, ou seja, não há provocação de efeitos a terceiros que não estejam envolvidos na análise legislativa ou normativa pleiteada por determinada lide.

Neste mesmo sentido, Moraes (2021, p. 823) explica que:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.

Por outro lado, existe também o controle de constitucionalidade repressivo concentrado, o qual tem o intuito de declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo sem que haja necessidade de haver caso concreto ou pleito em andamento que trate a respeito do tema abordado. Em outras palavras, essa modalidade de controle de constitucionalidade pode ocorrer sem que haja caso concreto que possibilite tal análise de compatibilidade entre a lei ou ato normativo com a Carta Magna, gerando efeitos *erga omnes*. Tendo isso em mente, é essencial ressaltar que o foco principal do controle concentrado é o de resguardar as relações jurídicas, visto que estas não podem ter como fundamento regras jurídicas que não possuem conformidade com a Constituição Federal.

Para ilustrar o que fora previamente exposto, destaca-se o entendimento de Moraes (2021, p. 836):

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro existem diversas espécies de controle de constitucionalidade repressivo na modalidade concentrada, no entanto, para fins de estudo deste trabalho, é necessário destacar somente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) prevista pelo art. 102 da Constituição Federal. Essa ação tem como finalidade declarar que determinada lei ou parte dela contraria a Carta Magna. No

entanto, essa ação não pode ser proposta por qualquer sujeito de direito. Tanto é assim que o art. 103 da Constituição Federal apresenta rol taxativo das entidades que possuem a prerrogativa de ajuizar esse tipo de ação:

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

A procedência da ADI será julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que a decisão proferida pela Suprema Corte passa a produzir efeitos imediatamente, vinculando todos os demais tribunais do país a adotarem o entendimento que ali fora produzido, inclusive à administração pública federal. Isso quer dizer que, caso seja julgada procedente a ADI, a inconstitucionalidade surtirá efeitos em todos os sujeitos de direitos que estão subordinados ao ordenamento jurídico nacional, obrigatoriamente.

Neste aspecto, Moraes (2021, p. 852) expõe que:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.

Diante as explicitações de direito constitucional acima apresentadas, e retornando a abordagem das regras celetistas reformadas, é possível afirmar que: a Lei 13.467/17 possui deformidades voltadas a iniciativa que motivou sua gênese, tratando-se, logo, de vício constitucional de ordem formal; não obstante, a temática de algumas das normas reformadas ou implementadas pela reforma trabalhista de 2017 encontram-se em desconformidade com a Constituição Federal, gerando inconstitucionalidade de ordem material; a via adequada para declarar a inconstitucionalidade das normas contidas na Lei 13.467/17 que contrariam a Carta Magna seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade distribuída por alguma das entidades que compõem o rol taxativo do art. 103 da CF/88, tendo em vista que os efeitos produzidos pela decisão que julga essa ação são *erga omnes*.

Para ilustrar esse entendimento, cabe ressaltar, o Enunciado 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

Dessa forma, é possível concluir que o ordenamento jurídico disponibiliza ferramentas para que ocorra o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos no intuito de garantir segurança às relações jurídicas, evitando até mesmo que decisões judiciais sejam fundamentadas em normas que não possuem conformidade com a Carta Magna. Esse controle, na hipótese de regras celetistas reformadas que já estejam em vigor, devem ocorrer de maneira repressiva por meio de ações diretas de inconstitucionalidade propostas por entidade competente. No que tange, especificamente, ao inciso III do art. 62 da CLT, o item seguinte demonstrará as razões de sua inconstitucionalidade.

4.3. Inconstitucionalidade da regra do artigo 62, III, da CLT

As regras celetistas reformadas pela Lei 13.467/17 apresentam diversas irregularidades, desde o ultraje a princípios já consolidados pela doutrina e jurisprudência até a contradição expressa às normas constitucionais. A premissa reformista de privilegiar a flexibilização das normas que dispõem sobre as garantias já consolidadas pelos trabalhadores é certamente o primeiro ponto que merece destaque, tendo em vista que esse entendimento abre margem para a consolidação do bordão “negociado sobre o legislado”, permitindo que ocorra a negociação de direitos na relação desbalanceada existente entre empregador e empregado. Esse cenário aprofunda ainda mais o abismo de disparidade de poder existente nas relações trabalhistas, o qual se dá tanto financeiramente quanto estruturalmente. Daí surge movimento ideológico e político que visa enfraquecer a estrutura de proteção à hipossuficiência do trabalhador com o intuito de fazer valer os interesses de quem possui maior conhecimento técnico e informacional, isto é, do empregador. As vantagens econômicas passam a se sobrepor aos direitos justralhistas, tornando a motivação principal das relações trabalhistas, visto que possuem respaldo legislativo para tanto.

Diante disso, tratando-se especificamente a respeito do inciso III do art. 62 da CLT, implementado pela reforma trabalhista, é cristalino que a norma contida nesse dispositivo legal realiza redução de direitos em face aos empregados que prestam atividade em regime de teletrabalho, privando que a jornada de trabalho destes possa ser aferida para fins de remuneração dos direitos justralhistas voltados a duração do trabalho. Acontece que a Constituição Federal declara em seu artigo 7º diversos direitos que dizem respeito a duração ou jornada de trabalho para os trabalhadores rurais e urbanos, sem fazer qualquer tipo de ressalva a respeito de exclusão de reconhecimento fundada em determinada atividade laboral. Em outras palavras, a Carta Magna dispõe amplamente a respeito de direitos justralhistas que estão diretamente ligados ao controle de jornada de trabalho, não precedentes para afastar o aferimento de jornada de trabalho de modalidades de trabalho específicas.

Neste aspecto, a exclusão do regime de teletrabalho realizada pelo inciso III do artigo 62 da CLT, compromete a remuneração dos direitos ao recebimento do adicional de hora noturna, intervalos intra e interjornada, repouso semanal remunerado, sobrejornada e sobreaviso.

Dentre esses direitos, cumpre ressaltar primeiramente o adicional noturno, tendo em vista que possui previsão expressa no inciso IX do art. 7º da Constituição Federal, a qual garante que a remuneração do trabalho noturno deverá ser obrigatoriamente superior à do trabalho diurno. Tanto é assim que Delgado (2019, p. 1115) leciona que:

(...) a diversidade normativa mencionada tem claros limites: é que a sobrerremuneração do trabalho noturno, em contraponto com o diurno, não pode deixar de ser concretizada pela ordem jurídica, em virtude de resultar de comando constitucional expreso.

A regulamentação do trabalho em jornada noturna é plenamente possível de ser realizada por normas infraconstitucionais que estejam de acordo com o que expressa a Carta Magna. A exemplo disso, o art. 73 da CLT estabelece que o adicional devido aos trabalhadores que prestam serviço em horário noturno deverá ser de, no mínimo, vinte por cento da remuneração habitual. Ainda há possibilidade deste adicional ser majorado por acordo ou convenção coletiva de trabalho. Nota-se que tanto o art. 73 da CLT quanto acordo ou convenção coletiva que verse sobre adicional noturno se diferem do inciso III do art. 62 pelo fato de ampliarem a disposição constitucional em benefício do trabalhador, fazendo com que não ocorra redução de direitos previstos pela Constituição Federal.

Além disso, o inciso XIII do art. 7º da Constituição de 1988 determina que a duração do trabalho não pode ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Essa norma constitucional é essencial para realizar o controle da jornada de trabalho e consequente cálculo de intervalos intra e interjornadas. Isso porque, o art. 71 da CLT estipula que:

Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. (BRASIL, 1943)

No tocante ao intervalo interjornada, o artigo 66 da CLT aponta que: “entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”. (BRASIL, 1943).

Dessa forma, é cristalino que a aferição de jornada é indispensável para que ocorra a concessão relacionada aos intervalos supracitados, possibilitando que o empregado possa usufruir do descanso previsto por norma celetista. Os empregados que exercem labor em regime de teletrabalho, no entanto, não fazem jus a concessão desses intervalos pelo fato de que, de acordo com o inciso III do art. 62 da CLT, não possuem jornada de trabalho passível de ser fiscalizada. Logo, estes empregados laboram ininterruptamente, muitas vezes em jornada que excedem seis horas sem que tenham direito a usufruir de intervalo intrajornada, ou ainda, não exercem o descanso mínimo de onze horas consecutivas entre o término de um dia de trabalho ao início de outro.

Neste aspecto, a Súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe que:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

A concessão desses intervalos é essencial para garantir dignidade na prestação laboral, estando diretamente relacionada a saúde e rendimento do empregado, mesmo que este esteja exercendo sua função em regime de teletrabalho. Delgado (2019, p. 1129) ilustra bem essa tese: “Seus objetivos, portanto, concentram-se essencialmente em torno de considerações de saúde e segurança do trabalho, como instrumento relevante de preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação diária de serviços.”

A respeito do repouso semanal remunerado (RSR), trata-se, também, de remuneração diretamente relacionada ao controle de jornada previsto pela Constituição Federal no inciso XV do art. 7º, o qual prevê que esse repouso deve ser concedido preferencialmente aos domingos. Mais uma vez, a fiscalização da jornada é medida essencial para que ocorra a remuneração devida desse direito trabalhista. O artigo 67 da Consolidação das Leis Trabalhistas regulamenta a forma como esse direito será concedido sem permear nenhum tipo de contrariedade as normas constitucionais, assegurando descanso semanal de vinte e quatro horas consecutivas. A importância desse direito é bem definida por Delgado (2019, p. 1149):

O descanso semanal é direito trabalhista imperativo. Em virtude de suas finalidades pessoais — que o vinculam a objetivos de medicina, higiene e segurança do trabalho — e de suas finalidades comunitárias, que o colocam como instrumento essencial à integração familiar, social e política do trabalhador, será sempre devida a fruição efetiva do repouso semanal.

Nota-se, portanto, que se trata de direito trabalhista de extrema relevância a diversos aspectos da vida do empregado, especialmente a saúde e integração familiar, social e política. A norma celetista reformada do art. 62, III, todavia, impede que os trabalhadores inseridos no regime de teletrabalho possam usufruir desse descanso semanal pelo fato de excluir o teletrabalho do capítulo II da duração do trabalho, o que ressalta novamente a inconstitucionalidade dessa norma.

Diante o que fora exposto até aqui, é possível perceber que a inconstitucionalidade do inciso III do art. 62 da CLT resulta na supressão de vários direitos trabalhistas que estão diretamente ligados à fiscalização e controle de jornada de trabalho de empregados

que estão inseridos no regime de teletrabalho, tendo em vista que essa norma se opõe direta e explicitamente aos incisos IX, XIII, e XV do artigo 7º da Lei Maior. Há de se ressaltar ainda a inconstitucionalidade voltada ao não reconhecimento da remuneração de sobrejornada e sobreaviso.

A sobrejornada, também conhecida como jornada extraordinária, é instituto de direito que visa reconhecer o tempo em que o empregado exerce sua atividade além do limite estabelecido pelo inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal e art. 58 da CLT. Essas normas preveem que a duração ordinária de trabalho não deve ultrapassar oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, tanto para os trabalhadores rurais quanto urbanos, no intuito preservação de boas condições biopsíquicas e sociais. Dessa forma, é nítido que essa disposição constitucional e celetista deve ser empregada a todos os trabalhadores, tanto que não é feita qualquer ressalva acerca da possibilidade de reconhecer ou não o instituto da sobrejornada a depender da atividade laborativa prestada, ou ainda de determinada modalidade ou regime de trabalho. Por consequência, qualquer regra que tenha o intuito de reduzir a abrangência de norma constitucional, mesmo sob a premissa de tornar as relações trabalhistas menos rígidas e excessivamente formais, se encontra em desconformidade com a Carta Magna. É justamente o caso do inciso III do art. 62 da CLT, a restrição realizada a fiscalização de jornada no regime de teletrabalho impede que o instituto de sobrejornada seja aplicado a realidade dos empregados que exercem atividade nesse regime. Não há sequer possibilidade de verificar que a jornada desses empregados está de acordo com o que prega o inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade vai além, tendo em vista que impede o reconhecimento dos efeitos causados pela verificação da jornada de trabalho, ou seja, caso a jornada de trabalho ultrapasse os limites constitucionais e celetistas, é devido o adicional de cinquenta por cento do valor habitualmente remunerado. O inciso XVI do art. 7º da Carta Magna estabelece que esse adicional de cinquenta por cento será mínimo, abrindo margem para o entendimento de que este pode ser majorado por acordo ou convenção coletiva, sendo que a redação do parágrafo primeiro do artigo 59 da CLT se dá no mesmo sentido. Em suma, tem-se que o inciso III do art. 62 da CLT afasta a remuneração de adicional de horas extraordinárias devida aos trabalhadores que exercem sua atividade em regime de teletrabalho, favorecendo o cenário de horas de trabalho excessivas e nocivas a saúde do empregado. Há prejuízo até mesmo nos reflexos gerados por essa remuneração, não havendo incidência nas parcelas trabalhistas de gratificação natalina,

férias acrescidas do terço constitucional, fundo de garantia do tempo de serviço e aviso prévio.

Para ilustrar a tese aqui apresentada, destacam-se as palavras de Delgado (2019, p. 1103):

Toda jornada extraordinária (exceto a resultante de regime de compensação) cumprida pelo obreiro no contrato será devida com sobrerremuneração específica — o adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88). As antigas hipóteses normativas concebidas pela CLT de prestação de trabalho extraordinário sem sobrerremuneração (caso das prorrogações por motivo de força maior e para reposição de paralisações empresariais — art. 61) também já provocam a incidência do adicional, por força de leitura do disposto no art. 7º, XVI, da Constituição de 1988.

É de suma importância destacar também julgados que tratam a respeito da obrigatoriedade de remuneração de adicional de sobrejornada:

Recorre ordinariamente a reclamada pretendendo a reforma da r. sentença de origem que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na prefacial. Pugna pela exclusão da condenação ao pagamento de horas extras, intervalo intrajornada, intervalo intersemanal, adicional noturno, horas “in itinere”, devolução dos descontos à título de contribuição confederativa e insurge-se quanto ao índice de correção monetária adotado. (...) A reclamada discorda da condenação ao pagamento de horas extras e intervalo intrajornada, ao argumento de que os horários foram corretamente registrados e sempre foi concedido descanso de 1 hora para refeição. (...) Ora, o trabalho durante o tempo destinado ao intervalo que não era computado pela reclamada deve integrar a jornada e ser pago como hora extra, por força do disposto no art. 59, § 1º da CLT e art. 7º, XVI da CF. (...) (TRT-15 – ROT: 001013355520185150058 0010133-55.2018.5.15.0058, Relator: HELIO GRASSELLI, 1ª Câmara, Data de Publicação: 15/06/2020)

Ainda no mesmo sentido:

REEXAME NECESSÁRIO E APELO VOLUNTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PROFESSORA DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. HORAS ADICIONAIS SUPERIORES À CARGA HORÁRIA MENSAL CONTRATADA. CARÁTER DE LABOR EXTRAORDINÁRIO. ART. 7º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI COMPLEMENTAR Nº 011/92 DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA.

1-Mesmo inexistindo disposição expressa sobre o adicional de hora extra na Lei Estadual nº 13.909/2001, por tratar-se de um direito fundamental previsto na Constituição e, portanto, com eficácia legal e aplicação imediata, não merece reparos a sentença que reconheceu que a parte autora (professora) faz jus a receber as horas extras laboradas com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação a hora normal, uma vez comprovada a realização de serviços extraordinários pela servidora, em jornada de trabalho superior à contratada, independentemente da rubrica sob qual tenha se dado esse labor adicional (substituição ou dobra).

2-REMESSA E APELO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

(TJ-GO – Apelação / Reexame Necessário: 04494252420158090051, Relator: ROBERTO HORÁCIO DE REZENDE, Data de Julgamento: 12/09/2018, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 12/09/2018)

No que diz respeito ao instituto trabalhista do sobreaviso, conforme já fora devidamente explicitado no subcapítulo 2.3 desta monografia, trata-se, em linhas gerais, de regime em que o trabalhador permanece em sua casa, ou não, aguardando ser convocado pelo empregador para prestar serviço. É contemplado pelo art. 244 da CLT, o qual se encontram completamente desatualizado pelo fato de fazer menção expressa somente aos trabalhadores ferroviários ao tratar desse tema. Até o ano de 2012, o reconhecimento do regime de sobreaviso era aplicado de maneira análoga a todas as outras categorias de trabalho. No entanto, neste mesmo ano foi promulgada a súmula 428 do TST, a qual estabeleceu os requisitos para caracterização do regime de sobreaviso, dispondo que é indispensável a submissão do empregado ao controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados enquanto permanece em regime de plantão ou equivalente, aguardando ser convocado a qualquer momento enquanto exerce seu período de descanso. É possível salientar que a configuração desse período de descanso está subordinada a delimitação precisa da jornada de trabalho, visto que é necessário delinear o início e término desta a fim de visualizar o tempo em que será exercido este descanso.

Ao analisar somente o inciso III do art. 62 da CLT, tem-se que o teletrabalho não precisa ter sua jornada fiscalizada, fazendo com que o reconhecimento do regime de sobreaviso seja prejudicado, não sendo possível identificar o tempo em que o trabalhador está efetivamente em período de descanso. Este inciso permite que a submissão do empregado ao controle patronal por meios telemáticos ou informatizados enquanto aguarda ser chamado ao trabalho ocorra quase que ininterruptamente sem que haja a devida remuneração para tanto. Neste aspecto, o §2º do art. 244 da CLT estabelece que as horas de sobreaviso deverão ser contadas à razão de um terço do salário habitual.

Com efeito, é de suma importância destacar também que a Constituição, orientadora de todas as normas do sistema jurídico, tem como seu centro o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio esse que possui conteúdo axiológico tão profundo que deve também orientar as normas infralegais, o que se aplica ao direito trabalhista. Para tanto, é válido ressaltar a teoria do Direito Fundamental ao Trabalho Digno, desenvolvida por Gabriela Neves Delgado (2006, p. 209):

Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado

constitucionalmente é o trabalho digno. Primeiro, devido ao nexó lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear de Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador.

A supressão de direitos promovida pela regra do inciso III do art. 62 da CLT precariza a relação trabalhista havida no regime de teletrabalho de maneira a reduzir significativamente a remuneração do empregado, fato que altera sua condição financeira, social e até mesmo gera prejuízos à saúde, rompendo com o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, isto é, direito fundamental ao trabalho digno.

É possível notar, portanto, que a exclusão do controle de jornada na modalidade de teletrabalho realizada pelo inciso III do art. 62 da CLT se opõe a Constituição Federal em diversos aspectos, fazendo com que o empregado que labore neste regime deixe de auferir remunerações garantidas constitucionalmente em razão de reforma legislativa viciosa. Em suma, este inciso apresenta desconformidade constitucional de ordens formal e material, sendo passível de ser regulado pelo controle repressivo de constitucionalidade, isto é, por meio da distribuição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por entidade competente prevista pelo rol taxativo apresentado pelo art. 103 da CF/88, fazendo com que os efeitos produzidos pela decisão judicial que aprecie esta ADI vinculem os tribunais hierarquicamente inferiores a Suprema Corte.

Diante toda a exposição realizada acerca das inconstitucionalidades contidas no inciso III do art. 62 da CLT, é fundamental afirmar que a elaboração e aprovação dessa norma foi um grande desserviço ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente às regras celetistas. Isso porque a fiscalização da jornada de trabalho dos empregados que estão inseridos no regime de teletrabalho é totalmente possível de ser fiscalizada, não devendo discriminá-lo em relação a outros regimes de trabalho. Tanto é assim que o art. 6º da CLT defende a ideia de que, presentes os requisitos factos-jurídicas da relação trabalhista, não há necessidade de diferenciar os empregados que exerçam sua atividade no estabelecimento do empregador ou em domicílio. Além disso, o §3º do art. 74 da CLT já prevê que se o trabalho for executado fora do estabelecimento, é possível realizar o controle de jornada por meio de registro eletrônico.

Dessa forma, levando em conta que o teletrabalho é atividade exercida fora das dependências do empregador com o empenho de tecnologias informação e comunicação, a fiscalização de sua jornada deve ser realizada por meio da utilização de métodos que possam ser desenvolvidos à distância com o emprego de tecnologias digitais que

encontram-se em alto nível de desenvolvimento e possibilitam contornar inúmeras dificuldades, isto é, controle do tempo de conexão por meio de *softwares* que monitoram com precisão as atividades que estão sendo desenvolvidas pelo empregado enquanto este se encontra devidamente logado a determinado sistema de *intranet* ou ambiente virtual que possibilita a comunicação em tempo real entre o empregador e seus subordinados. Há que se ressaltar também que esse controle de jornada pode ocorrer por meio da estipulação de produção mínima diária que deva ser desenvolvida pelo empregado dentro dos limites constitucionais de jornada, podendo haver a devida remuneração dos direitos voltados a duração do trabalho caso ocorresse a ultrapassagem desse limite, em especial os adicionais de sobrejornada e sobreaviso.

Há de se ressaltar ainda que é necessário que sejam observadas as particularidades da atividade que está sendo desenvolvida pelo empregado no regime de teletrabalho, com o intuito de optar pelo meio de controle de jornada mais adequado. O tempo de *login* isoladamente pode não ser suficiente para aferir o tempo em que o empregado desenvolve de fato suas atividades a depender das circunstâncias específicas da prestação laboral. Devem ser adotados os métodos de fiscalização acima mencionadas de maneira cumulativa, a fim de garantir certeza e precisão ao controle de jornada realizado pelo empregador. Em outras palavras, a análise minuciosa do contexto trabalhista em que o empregado está inserido é primordial para a escolha dos métodos de fiscalização que deverão ser utilizados.

A declaração de inconstitucionalidade do inciso III do art. 62 da CLT somada ao uso em larga escala das técnicas de fiscalização do tempo laborado em regime de teletrabalho aqui examinadas certamente trariam maior justiça aos empregados que laboram sob este regime, uma vez que garantiria a remuneração adequada e devida acerca dos direitos justralhistas direta e indiretamente relacionados a duração do trabalho, especialmente no que tange ao reconhecimento da remuneração dos adicionais de sobreaviso e sobrejornada.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou compreender a necessidade de mensuração da jornada dos empregados que estão inseridos no regime de teletrabalho para fins de remunerar corretamente os obreiros que fazem jus aos direitos ligados à duração do trabalho. Apesar

do empregado inserido em regime de teletrabalho estar exercendo atividade fora das dependências do empregador, com a utilização de meios de informática e comunicação, isso não deve deslegitimar a percepção de remuneração voltada à duração do trabalho. Foram abordados os principais aspectos desse tema, tal como a conceituação da duração do trabalho para fins de reconhecimento de sobrejornada e sobreaviso. Esses dois institutos, a depender da situação fática, são, evidentemente, passíveis de serem caracterizados concomitantemente ou de maneira independente.

Neste aspecto, foi demonstrada a inconstitucionalidade da norma do inciso III do art. 62, uma vez que excluiu o teletrabalho do capítulo II da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual trata da duração do trabalho, uma vez que gera supressão dos direitos ao adicional noturno, intervalo intra e interjornada e repouso semanal remunerado. No tocante a este inciso, foi possível constatar que não faz qualquer tipo de ressalva a respeito das particularidades da atividade desenvolvida em regime de teletrabalho, deixando de considerar hipóteses em que a fiscalização de jornada é plenamente capaz de ser realizada.

Estudou-se o controle concentrado de constitucionalidade repressivo, no intuito de demonstrar que a ação direta de inconstitucionalidade é meio institucional pelo qual é possível realizar a revogação das regras celetistas reformadas que apresentam desconformidade com a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por fim, foi possível compreender que a fiscalização da jornada dos empregados inseridos em regime de teletrabalho pode ser realizada desde que seja apreciado o contexto trabalhista e as circunstâncias particulares em que este está imerso. Essa postura admite que o empregador possa escolher o método de fiscalização mais adequado a prestação laboral em questão, permitindo que a jornada seja supervisionada e que os direitos trabalhistas sejam reconhecidos.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho: 18ª edição**. Editora LTR, março de 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5746884/mod_resource/content/1/Curso%20de%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20Mauri%CC%81cio%20Godinho%20Delgado%2C%202019.pdf . Acesso em 12 de agosto de 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho: 13ª edição**. Editora SaraivaJur, dezembro de 2020. VBIID:978655559568. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555595680> . Acesso em 12 de agosto de 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional: 6ª edição**. Editora: Método, setembro de 2019. VBIID:9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530988319> . Acesso em: 12 de agosto de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional: 37ª edição**. Editora: Atlas, fevereiro de 2021. VBIID:9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597027648> . Acesso em: 12 de agosto de 2021.

KREIN, José Dari, ABÍLIO, Ludmila e BORSARI, Pietro. **O Trabalho Pós-reforma Trabalhista (2017): Volume 1**. Editora: CESIT-Unicamp e REMIR Trabalho, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **A Jornada no Direito do Trabalho Brasileiro**. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Mauricio_Delgado.pdf . Acesso em 12 de agosto de 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: 6ª edição**. Editora Impetus, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo, Editora: LTr, 2006.