

**ASPECTOS SOBRE A JORNADA DO TELETRABALHADOR PELA LEI
14.442/2022.**

ASPECTS ABOUT THE TELEWORKER'S BY THE LAW 14.442/2022.

Igor Mauad Rocha¹

RESUMO

A Lei 14.442 de 02 de setembro de 2022, que converteu a Medida Provisória 1.108/2022, modificou diversas previsões da CLT, no que tange ao teletrabalho. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de incidência de horas extras no regime de teletrabalho quanto as formas de fixação da prestação dos serviços por unidade de tempo, por produção ou tarefa, e, a inconstitucionalidade do § 5º do artigo 75-B da CLT. Adotou-se o método de pesquisa bibliográfica, por meio do cotejo de livros, artigos científicos, teses, dissertações, pesquisa de jurisprudência, legislação nacional e demais meios de publicação científica.

Palavras-chave: Teletrabalho; Jornada; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The Law 14.442 of September 2, 2022, which converted Provisional Measure 1.108/2022, modified several provisions of the CLT, with regard to teleworking. In this context, the present work aims to analyze the possibility of overtime in the telework regime regarding the ways of fixing the provision of services per unit of time, per production or task, and the unconstitutionality of § 5 of article 75 -B of CLT. The method of bibliographic research was adopted, through the comparison of books, scientific articles, theses, dissertations, jurisprudence research, national legislation and other means of scientific publication.

Keywords: Telecommuting; Workday; Unconstitutionality.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Origem e conceito de teletrabalho; 3. Jornada de trabalho e formas de fixação do salário no regime de teletrabalho; 3.1. A inconstitucionalidade do § 5º do artigo 75-B da CLT; 4. Considerações Finais.

¹ Advogado e Consultor na Área Trabalhista, Acidente do Trabalho e Previdência Social. Possui graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto, Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, especialização em Controladoria e Finanças, Auditoria e Planejamento Tributário pelo Centro Universitário Municipal de Franca e curso técnico-profissionalizante em Técnico em Contabilidade pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial -SP. Email: igormauadrocha@gmail.com

1. INTRODUÇÃO.

Em meados do século XVIII houve na Inglaterra o aprimoramento das máquinas a vapor e o surgimento do tear mecânico, marcando a transição dos meios de produção artesanal para o manufaturado, cujo período é conhecido como a primeira revolução industrial. A segunda revolução industrial é marcada pela utilização do aço, a descoberta do petróleo como fonte de energia e o surgimento da energia elétrica; a terceira revolução industrial surge com o avanço da eletrônica; e, a quarta revolução industrial é caracterizada pela utilização da “internet das coisas” e descentralização dos meios de produção e serviço. Os instrumentos de trabalho passam a ser tablets, smartphones, plataformas digitais, e Big Data.

Dentro deste contexto e no âmbito das relações de trabalho, o uso dos meios telemáticos² passa a ser um importante mecanismo para a prestação de serviços, evidenciando um novo grupo de trabalhadores, o qual denomina-se de teletrabalhador.

No aspecto legal, a Lei n. 12.551/2011 de 15 de dezembro de 2011, alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho e incorporou em seu diploma legal a figura do teletrabalho ao mencionar que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado a distância, desde que presente os pressupostos legais da relação de emprego. Dentro deste panorama de transformações, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 trouxe para o ordenamento jurídico a regulamentação específica a respeito do teletrabalho, incluindo o Capítulo II-A da Consolidação das Leis do Trabalho, através dos artigos 75-A ao 75-E.

Prosseguindo, no dia 05.09.2022 foi publicado no Diário Oficial da União a Lei 14.442 de 02 de setembro de 2022, que converte a Medida Provisória 1.108/2022, alterando diversas previsões da CLT no que tange ao teletrabalho. Dentre elas o conceito de teletrabalho e a possibilidade de prestar serviços por jornada, por produção ou tarefa, contemplado no artigo 75-B, § 2º da CLT, bem como o acréscimo do § 5º no artigo 75-B da CLT, prevendo que o uso dos meios telemáticos após a jornada de trabalho regular pelo empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A fim de comensurar a importância do teletrabalho no mercado de trabalho brasileiro, a Carta de Conjuntura n. 55, do segundo trimestre de 2022 do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)³ demonstra que:

“[...] O resultado para o Brasil indicou que 20,4 milhões de pessoas encontram-se em ocupações com potencial de serem realizadas de forma remota, o que representa 24,1% do total de ocupados.

[...]

Somado a isso, apresenta-se também a distribuição do total de pessoas em teletrabalho potencial em função das características individuais. Para o Brasil, o percentual de mulheres em teletrabalho potencial é de 58,3%. Nota-se também predomínio de pessoas brancas (60,0%), com escolaridade de nível superior completo (62,6%) e na faixa etária de 20 a 49 anos (71,8%), localizadas

² O vocábulo telemática pode ser entendido como “conjunto de tecnologias da informação e da comunicação resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras ópticas etc.) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do Planeta”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Telem%C3%A1tica>. Acesso em: 20 jul. 2020.

³ IPEA, Carta de Conjuntura n. 55, nota de conjuntura 20, 2º trimestre de 2022, apresentadas por Geraldo Sandoval Góes, Felipe dos Santos Martins e Vinícius de Oliveira Alves, p. 20. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_nota_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf. Acesso em 03.out.2022.

no Sudeste do país. Também obtiveram-se estimativas sobre a massa de rendimentos efetivos e habituais. O resultado indica que o rendimento efetivo do total de ocupados supera o habitual. Essa tendência se mantém quando se consideram somente as pessoas em teletrabalho potencial, para o qual o rendimento efetivo supera o habitual em 9%. Ademais, percebe-se que as pessoas em ocupações com potencial de serem realizadas de forma remota são responsáveis por cerca de 40% da massa de rendimentos total.”

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de incidência de horas extras no regime de teletrabalho quanto as formas de fixação da prestação dos serviços por unidade de tempo, por produção ou tarefa, e, a inconstitucionalidade do § 5º do artigo 75-B da CLT, incluído pela Lei 14.442/2022.

2. ORIGEM E CONCEITO DE TELETRABALHO.

O teletrabalho está relacionado com os primeiros inventos do telégrafo óptico ou sinalheiro idealizado por Claude Chappe, por volta de 1793. O sistema era baseado em pêndulos de relógios instalados com duas hastes e agulhas no topo das edificações. O mecanismo, visível de longe, era empregado com um código de transmissão, de conhecimento de seus operadores.

Mais recentemente, por volta da década de setenta, Jack Nilles, que atuava especificamente na área de administração de empresas e fazendo observação sobre os fluxos urbanos previu uma estagnação dos meios de locomoção pela quantidade de veículos e idealizou a lógica social do trabalho, em que, ao invés das pessoas irem de suas residências até o local de trabalho, o trabalho é que vai até os trabalhadores. Como consequência haveria redução de circulação nos grandes centros urbanos, melhorando, inclusive, o transporte coletivo.

Com efeito, passou a compreender o teletrabalho como:

“[...] qualquer forma de substituição dos deslocamentos relacionados ao trabalho por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação – TICs, tais como os telefones e os computadores. Fulcral no conceito de Nilles é a noção de substituição: os deslocamentos do trabalhador de sua residência para o empregador são substituídos (total ou parcialmente) pelo uso das tecnologias de informação e comunicação. A noção de substituição de deslocamento, aos poucos, vai sendo substituída pela noção de distância e utilização da tecnologia vem como forma de mediá-la, sem que se fale, propriamente, em deslocamento⁴.”

No entanto, de acordo com Gravatá⁵, no Brasil o teletrabalho foi introduzido “no evento ‘Seminário Home-Office/Telecommuting – Perspectivas de Negócios e de Trabalho para o 3º Milênio’ ocorrido em 20 de agosto de 1997”, ocasião em que houve o lançamento do “primeiro livro sobre o tema em português, sendo este ‘De volta para casa – Desmistificando o Telecommuting’ de Álvaro Mello.”

À vista disso, o teletrabalho é inerente as invenções tecnológicas e a sua interação com o ser humano. De origem grega, ‘tele’ significa longe. Logo o teletrabalho é designativo de trabalho a distância, longe do estabelecimento do empregador e através do uso de tecnologias de informação e de comunicação.

⁴ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. Revista Magister de Direito do Trabalho, ano XIV, n.82, jan-fev. 2018, p.54.

⁵ GRAVATÁ, Isabelli. O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista. A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.241.

Para Franco Filho⁶, o teletrabalho significa:

“[...] uma atividade recente caracterizada por uma relação triangular (assalariado + empresa + novas tecnologias), e surge o trabalhador virtual, para tentar minimizar os problemas do desemprego estrutural. Pode ser chamado, também, de trabalho remoto ou trabalho a distância. Com o teletrabalho há uma revisão do tradicional conceito de subordinação, porque agora o trabalho passa a ser flexível, sem os hábitos cotidianos, sem turnos, sem local permanente, sem colegas fixos, substituindo o antigo trabalho regular (fixo, cronometrado, permanente). Pode chamar-se também de telessubordinação ou da teledisponibilidade ou de trabalho remoto ou a distância”

Já Luciano Martinez⁷ define como:

“É um conceito de organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento”.

De igual forma, sublinha Denise Pires Fincato⁸:

“No teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho.”

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conforme preteritamente mencionado, incorporou ao ordenamento jurídico a regulamentação específica a respeito do teletrabalho. O artigo 75-B assim o considerava:

“Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho”.

A Medida Provisória n. 927/2020, que vigeu entre 22/03/2020 a 19/07/2020, no artigo 4º, parágrafo primeiro, de forma semelhante ao artigo 75-B da Lei 13.467/2017, definia o teletrabalho como atividade laboral preponderantemente fora das dependências do empregador, com uso de tecnologias da informação e comunicação, não se aplicando o disposto no Capítulo II do Título II da CLT (artigos 57 a 75), que trata sobre a duração do trabalho, já que havia disposição legal expressa que no regime de teletrabalho aplicava-se o inciso III, do *caput* do artigo 62 da CLT:

“Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no [inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943](#)”.

⁶ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Curso de Direito do Trabalho, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 190.

⁷ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.252.

⁸ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. Revista Magister de Direito do Trabalho, ano XIV, n.82, jan-fev. 2018, p. 54.

Como mencionado, a referida Medida Provisória perdeu a vigência, retornando à disposição legal prevista no artigo 75-B da CLT. Todavia, em 05.09.2022 entra em vigor a Lei 14.442 de 02 de setembro de 2022, que converteu a Medida Provisória n. 1.108/2022, alterando o conceito de teletrabalho e incluindo outras disposições legais no artigo 75-B da CLT:

“Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

§ 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa.

§ 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação.

§ 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento.

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

§ 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes.

§ 7º Aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado.

§ 8º Ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional aplica-se a legislação brasileira, excetuadas as disposições constantes da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

§ 9º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais.

Assim, o teletrabalho apresenta algumas características específicas que o identifica, como: o quesito geográfico, em que o local de trabalho é separado fisicamente do estabelecimento do empregador, de modo que a presença do trabalhador nas dependências do empregador, ainda que de forma habitual, não descaracteriza o regime de teletrabalho; o quesito tecnológico, com o uso dos meios telemáticos para a execução do trabalho; e, por fim, o quesito organizativo, em que o empregador deve organizar-se a ponto de absorver tal maneira de trabalhar em sua estrutura e fluxo.

Ainda, dentro dos contornos conceituais a respeito do teletrabalho, uma indagação persiste, qual seja, se todo e qualquer labor prestado a distância seria teletrabalho? “Na realidade, pode-se dizer que o trabalho a distância é gênero, tendo como uma de suas espécies o teletrabalho. Em termos doutrinários, o trabalho em domicílio, de certa forma, também seria uma modalidade de trabalho a distância⁹”.

⁹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 240.

O trabalho em domicílio é aquele que, apesar de ser uma espécie do trabalho a distância, para a execução de suas tarefas não há a efetiva necessidade do uso de tecnologia de comunicação e informação (por exemplo, atividades manuais).

Portanto, “o teletrabalho, como modalidade especial, diferencia-se da figura mais genérica do trabalho a distância, justamente em razão da ênfase na utilização de recursos eletrônicos, de informática e de comunicação¹⁰.”

3. JORNADA DE TRABALHO E FORMAS DE FIXAÇÃO DO SALÁRIO NO REGIME DE TELETRABALHO.

O artigo 75-B, § 2º, da CLT, incluído pela Lei n. 14.442/2022, contempla disposição legal no sentido de que no regime de teletrabalho ou trabalho remoto, o trabalhador poderá prestar serviços de modo a receber sua remuneração de acordo com sua produção ou tarefa. Caso seja esta a forma de fixação do salário (por produção ou tarefa), não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 57 ao 75), que trata da duração do trabalho.

Em conformidade com isso, a Lei n. 14.442/2022 alterou o inciso III do artigo 62 da CLT, ao contemplar que:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - 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;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.

Em outras palavras, isso significa que o teletrabalhador admitido para laborar por produção ou tarefa, não terá direito a remuneração, de no mínimo em cinquenta por cento ao valor da hora normal, em razão do trabalho em sobrejornada. Mas seria isso uma verdade absoluta?

O salário pode ser avençado por unidade de tempo, em que o recebimento se dá de acordo com a duração do serviço desenvolvido; por unidade de obra (ou produção), cujo parâmetro para aferição do salário está atrelado com a quantidade produzida pelo empregado; e por tarefa, cuja aferição do salário efetua-se através de uma forma mista entre as duas primeiras modalidades mencionadas. É estipulado pelo empregador determinada tarefa ou serviço, podendo o empregado finalizar antes do prazo finalizado.

Nessa perspectiva, Maurício Godinho¹¹ elucida que:

A contraprestação econômica devida pelo empregador ao empregado, em decorrência da prestação de serviços ou da simples existência de um contrato de trabalho entre ambos, pode ser aferida (isto é, calculada) segundo distintos critérios ou processos. A evolução histórica justrabalhista registra três critérios (ou modos) principais de efetuação desse cálculo salarial. Nada obsta, contudo, que o cotidiano das relações empregatícias venha construir formas combinatórias novas e diferenciadas, em contraponto a esses critérios centrais identificados.

Os critérios básicos de aferição e cômputo dos salários são o critério da unidade de tempo, que dá origem ao *salário por unidade de tempo*, e o critério por unidade de obra, que dá origem ao *salário por unidade de obra*. Há, finalmente, o terceiro critério — que se configura como critério combinatório

¹⁰ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. op. cit.p. 240.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 883.

dos dois anteriores —, construído à base da equação obra/tempo ou tempo/obra (que dá origem ao chamado *salário-tarefa*).

Tais critérios, como se percebe, constituem parâmetros adotados para a fixação do valor do salário, direcionando o tipo de processo a ser seguido na aferição concreta da parcela salarial. Sinteticamente, enquanto o primeiro critério utiliza como parâmetro o *tempo de trabalho* do obreiro, o segundo critério utiliza como parâmetro o *resultado obtido nesse trabalho* pelo empregado. Já o terceiro critério busca valer-se de uma *combinação* dos dois parâmetros anteriores.”

Pois bem, caso seja fixado entre as partes contratantes (empregador e empregado) que o salário será auferido por unidade de tempo e havendo sobrejornada, indubitavelmente o trabalhador terá direito ao recebimento das horas extras. Existindo o controle quanto a forma de trabalho, mesmo que por meios telemáticos, fica evidente a presença da subordinação jurídica, haja vista o teor do artigo 6º da CLT:

“Art. 6º 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.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comandos, controle e supervisão do trabalho alheio”.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de Agravo em Recurso de Revista¹², reconheceu o direito às horas extras de um trabalhador com base nos registros de *login e logout*, o que reafirma a possibilidade de controle e supervisão da jornada de trabalho por meios telemáticos. Vejamos:

Na hipótese, as horas extraordinárias foram apuradas com base nos registros de *login/logout* da reclamante, uma vez que a ré, por não possuir mais de 10 empregados, não estava obrigada a adotar o sistema de cartões de ponto. A reclamada, por sua vez, pretende a aplicação analógica, a tais registros, do disposto no artigo 58, § 1º, da CLT e na Súmula nº 366 do TST.

Com efeito, a previsão de desconsideração dos minutos que antecedem e sucedem a jornada a que se referem o mencionado dispositivo celetista e a aludida Súmula é restrita à jornada apurada por meio de cartões de ponto.

Isso porque, nessa modalidade de controle, a própria marcação da jornada requer algum tempo para ser realizada, não sendo razoável se exigir que todos os empregados a façam, todos os dias, exatamente nos mesmos horários.

Trata-se de solução jurídica – adotada inicialmente pela jurisprudência (antiga Orientação Jurisprudencial nº 23 da SBDI-1 do TST, convertida na atual Súmula nº 366), e depois incorporada pela lei – concebida com a finalidade de se evitar a discussão sobre horas extras em razão de pequenas discrepâncias na marcação do ponto.

Nesse contexto, considerando que, no caso, a autora não gastava tempo registrando sua jornada e que os registros de *login/logout* representam o exato momento em que iniciava e terminava a prestação de serviços, não há que se falar na aplicação da desconsideração pretendida, como bem decidiu a Corte de origem.

Colhe-se, a propósito o seguinte julgado:

7- "2. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. HOME OFFICE. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA. O Regional foi categórico no sentido de que o contrato de trabalho da reclamante, além de não fazer nenhuma alusão ao art. 62, I, da CLT, estabeleceu, em sua cláusula 5ª, a

¹² Tribunal Superior do Trabalho, ARR – 20664-95.2014.5.04.0011, 7ª Turma, Relator Min. Cláudio Brandão.

obrigatoriedade de horário, além de haver ficha de registro fixando jornada a ser cumprida. Ressaltou, ainda, que a prova dos autos demonstrou a possibilidade do controle da jornada na modalidade de trabalho home office, razão pela qual afastou o enquadramento na exceção do art. 62, I, da CLT. Desse modo, em que pese a reclamante realizar atividade externa, não se vislumbra a alegada ofensa ao artigo 62, I, da CLT. Observa-se, por outro lado, que a decisão não está amparada apenas nas regras de distribuição do ônus probatório, mas também nas provas produzidas e valoradas, de modo que não é possível divisar violação direta e literal dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/15. Divergência jurisprudencial inválida. Agravo de instrumento conhecido e não provido. B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. 1. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. HOME OFFICE. JORNADA DE TRABALHO FIXADA. ÔNUS DA PROVA. O Regional, ao fixar jornada de trabalho de modo diverso do pretendido pela empregada, inclusive em relação à fruição do intervalo intrajornada, não simplesmente desconsiderou a suposta presunção que militava em favor da obreira, na forma prevista na Súmula nº 338 do TST, ao contrário, pautou-se pela efetiva prova produzida pelas partes e, diante das peculiaridades do caso, trabalho na modalidade home office, ou seja, trabalho realizado na própria residência do empregado por meio de celular e notebook, entendeu por fixar o início e o final da jornada de trabalho segundo a jornada contratual e de acordo com os cerca de 300 e-mails constantes do acervo probatório, por serem os meios de controles dos quais se valeu o empregador. Aliás, a jornada arbitrada não decorreu de inversão do ônus da prova, em verdade, encontra-se pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Diante do exposto, por certo não restaram violados os artigos 62, I, e 74, § 2º, da CLT, muito menos contrariada a Súmula nº 338 desta Corte. Ademais, sequer há falar em fixação da jornada pela regra da OJ nº 233 da SDI-1 do TST, visto que trata de hipótese diversa dos autos. Divergência jurisprudencial inespecífica à luz da Súmula nº 296, I, do TST. Recurso de revista não conhecido." Recurso de revista não conhecido" (ARR-1599-67.2012.5.01.0044, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 23/06/2017).

De outro modo, o salário por unidade de obra ou produção implica a fixação de metas estabelecidas pelo próprio empregador. Mauricio Godinho¹³ explica que tal regime tende a ser adotado “em situações contratuais em que o empregador não tenha controle efetivo sobre o desenvolvimento da duração do trabalho do empregado, situações sem controle real sobre a jornada laborativa obreira.”

Todavia, não há incompatibilidade entre o recebimento de salário pago por produção e o direito às horas extras, excedentes da 8ª e 44ª semanal, já que o trabalho realizado além das jornadas diária e semanal legalmente previstas deve ser remunerado como extraordinário, em obediência ao artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal. Mas a lógica desta modalidade de fixação do salário, presume-se que as horas trabalhadas se encontram pagas através do salário por produção, sendo devido apenas o respectivo adicional pelo serviço extraordinário prestado.

Assim, ressalta-se que trabalho por produção somente remunera as horas laboradas, não retirando do obreiro o seu direito ao recebimento do acréscimo devido pela jornada extraordinária.

Nesse passo, sublinha Mauricio Godinho¹⁴:

“Pela lógica de estruturação do salário por unidade de obra (veja-se o exemplo do empregado comissionista puro), o cálculo de pagamento de sua sobrejornada levará em consideração apenas o adicional de horas extras, mas não pagamento do principal (as comissões, no caso), pois tal parcela já terá sido recebida.”

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit. p. 885.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit. p.885/886.

O Tribunal Superior do Trabalho sedimentou entendimento no sentido de que é cabível apenas o adicional sobre as horas excedentes na fixação do salário por produção, como se verifica através da Orientação Jurisprudencial n. 235 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI-I):

HORAS EXTRAS. SALÁRIO POR PRODUÇÃO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) – Res. 182/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

O empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada tem direito à percepção apenas do adicional de horas extras, exceto no caso do empregado cortador de cana, a quem é devido o pagamento das horas extras e do adicional respectivo.

Entretanto, antes da vigência da Lei 14.442/2022, Homero Batista Mateus da Silva¹⁵ sustentava que havendo a possibilidade de controle da duração do trabalho, mesmo sendo o salário fixado por produção, não haveria a incidência do artigo 62 da CLT e consequentemente, o trabalhador teria direito ao recebimento de horas extras devido a sobrejornada:

“Havendo meios acessíveis de controle de jornada, por unidade de produção, por fiscalização direta, por meios eletrônicos, não se deve impressionar com o fato de o trabalho ser realizado à distância, em dependências estranhas ao empregador, na residência do empregado, em cafeteria ou em espaço coletivo de trabalho. Tudo isso era e continua a ser irrelevante para o direito do trabalho, assim como o serviço externo somente se enquadra no art. 62 se for efetivamente incompatível com o controle de jornada – o que não se aplica, portanto, para os instaladores de televisão e telefone, para os entregadores, jornaleiros, motoristas e análogos.

Feitas essas considerações, estamos à vontade para afirmar que os art. 62, III, e 75-A reclamam interpretações restritivas, dada a sua excepcionalidade, quer dizer, o teletrabalho somente deveria retirar o direito às horas extras e congêneres se for efetivamente incompatível com o controle de jornada. Mero deslocamento territorial não é suficiente para autorizar jornadas irrestritas.”

De igual forma, Gustavo Felipe Barbosa Garcia¹⁶ observa que:

Essa previsão é passível de crítica, uma vez que mesmo no teletrabalho ou trabalho remoto, por envolver empregado, a jornada de trabalho não se confunde com as formas de fixação do salário. Trata-se, assim, de institutos distintos, voltados à duração do trabalho e à remuneração. Vale dizer, a jornada de trabalho não é excluída em decorrência de o salário ser fixado por produção ou tarefa (artigo 78, artigo 142, § 2º, artigo 478, § 5º, artigo 483, *g*, artigo 487, § 3º, e artigo 582, § 1º, *b*, da CLT) [1]. Na verdade, o salário pode ser fixado por unidade de tempo, por unidade de obra (produção) ou por tarefa, o que se distingue da jornada de trabalho propriamente.”

A crítica que se faz a esse modo de fixação do salário é que o mesmo enseja uma produção crescente, porque quanto maiores os resultados, maior será a retribuição. Estimula o empregado a reunir forças para continuar produzindo, a ponto de exceder a sua capacidade física.

Atualmente 41% dos trabalhadores que realizam trabalho a distância por meio de instrumentos telemáticos desenvolvem níveis consideráveis de stress, em face de 25%

¹⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT comentada. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 137.

¹⁶ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Aplicação de normas sobre jornada no teletrabalho pela Lei 14.442/2022. Disponível em: <https://andt.org.br/publicacoes/aplicacao-de-normas-sobre-jornada-no-teletrabalho-pela-lei-14-442-22/>. Acesso: 07.out.2022.

dos trabalhadores que desenvolvem suas atividades nos locais de trabalho¹⁷. A esses efeitos implica que algumas condições como trabalhar em situações nas quais os trabalhadores não estão cobertos ou adequadamente cobertos ou protegidos, pela legislação laboral e proteção social; trabalhar em horários de difícil conciliação com a vida social (por exemplo, trabalho ao fim do dia ou noturno); trabalhar sozinho ou num isolamento relativo, ou em locais remotos e trabalhar em espaços intimistas ou em residências privadas, são aptos a criarem riscos psicossociais e violência psicológica¹⁸. Soma-se ainda fatores de ordem organizacional ou práticas de gestão empresarial imprópria como má gestão dos recursos humanos; má organização do trabalho, incluindo a ausência de regras e responsabilidades claras; atribuição inadequada de tarefas; objetivos de produção irrealistas; má comunicação; más relações de trabalho e práticas discriminatórias¹⁹.

Não se pode omitir, diante da “nova” estrutura organizacional do trabalho em que o trabalhador transfere seu ofício para sua residência, o aumento da Síndrome de Burnout. A Síndrome de Burnout, também conhecida como esgotamento profissional no Brasil, é um estado de exaustão física, mental e emocional que resulta do envolvimento de longo prazo com situações de trabalho emocionalmente exigente, ou seja, é considerada como uma resposta prolongada a exposição crônica a riscos emocionais e interpessoais no trabalho²⁰. O esgotamento também pode ocorrer quando há uma desconexão entre o modelo organizacional e o indivíduo no que se refere às áreas da vida profissional como valores, justiça, sociedade, gratificação, controle e carga de trabalho²¹.

Em relação ao salário tarefa, em que é aquele que “Acopla-se a um certo parâmetro temporal (hora, dia, semana ou mês) um certo montante mínimo de produção a ser alcançado pelo trabalhador²²”, a incidência de horas extras em razão da sobrejornada torna-se nevenuto no seguinte exemplo: o empregado poderá finalizar a tarefa antes do prazo finalizado pelo empregador, sendo liberado do trabalho nos dias remanescentes.

De qualquer forma, Gustavo Felipe Barbosa Garcia²³ sustenta que a exclusão do disposto no Capítulo II do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 57 ao 75), que trata da duração do trabalho, “somente ocorre quando as atividades exercidas pelo teletrabalhador forem incompatíveis com a fixação de horário de trabalho.”

3.1 A inconstitucionalidade do § 5º do artigo 75-B da CLT.

Conforme preteritamente mencionado, a Lei 14.442/2022 introduziu no artigo 75-B da CLT o § 5º, que contempla regra no sentido de que o tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária utilizados para o teletrabalho, fora da jornada

¹⁷ Eurofound, OIT, Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, OIT, p.38, segundo o qual, através de métodos empíricos, relata: “Figure 11 confirms this: 41% of employees doing high mobile T/ICTM report high levels of stress, compared to just 25% among those always working at the employer’s premises”. Disponível em: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_544138/lang--en/index.htm. Acesso em 11 agosto 2021.

¹⁸ OIT, A Ameaça da Violência e Assédio Físico e Psicossocial no Trabalho Digitalizado Bureau Internacional do Trabalho, Genebra, 2020, p. 2. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_774237/lang--pt/index.htm. Acesso 11 agosto 2021.

¹⁹ OIT, op. cit. p. 2.

²⁰ OIT, Workplace Stress: A collective challenge, International Labour Office, CH-1211 Geneva 22, Switzerland, 2016, p. 7 e ss. Disponível: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/publication/wcms_466547.pdf. Acesso 14 agosto 2021.p. 7.

²¹ OIT, Workplace Stress: A collective challenge, op. cit. p. 7.

²² DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit. p. 887.

²³ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. op. cit.p. 862.

de trabalho normal do empregado, não constituirá tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Contudo, a referida norma (aparentemente) apresenta vícios de inconstitucionalidade material²⁴ por expressar uma incompatibilidade de conteúdo com o artigo 7º, incisos XIII e XVI, da Constituição Federal, os quais, contemplam:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

A Constituição Federal prevê como direito social fundamental dos trabalhadores, jornada de trabalho de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, sendo que, se houver extrapolação para além desse limite (e desde que não haja compensação de horários) o empregado terá direito a remuneração, de no mínimo em cinquenta por cento ao valor da hora normal.

Rememoram-se os prejuízos sociais oriundos de uma relação desarmoniosa entre o processo produtivo e o direito a desconexão do trabalho à época da polvorosa industrialização que teve início no século XVIII. Os trabalhadores, dentre eles crianças, eram subjugados a extensas jornadas, que poderia atingir 18 horas de trabalho, condições precárias, insalubres e perigosas no ambiente laboral, remuneração pífia e um poder diretivo com o uso de agressões físicas e verbais.

Em 1º de maio de 1886, aproximadamente quinhentos mil operários protestavam nas ruas da cidade de Chicago, Estados Unidos, exigindo a redução da jornada de trabalho para oito horas. A fim de conter o clamor dos trabalhadores, a repressão policial desproporcional feriu e matou dezenas de manifestantes. O episódio tornou-se símbolo da luta de trabalhadores e, em 1889, o dia 1º de maio passou a ser o dia internacional do trabalho.

O surgimento de novas tecnologias possibilitou o aparecimento de novo modelo de organização do trabalho, entretanto, o debate sobre melhores condições de trabalho e limites da jornada continua no âmago das discussões jurídicas.

Nesse aspecto, Andre Araujo Molina²⁵ enfatiza que:

“Nas últimas décadas, filosofias humanistas, pesquisas médicas e sociológicas, demonstram um quadro de degradação física e mental pelo trabalho excessivo, indicando que o foco atual deve ser a busca o equilíbrio entre o trabalho e a vida social; o desgaste produtivo e o descanso; a vida comunitária e a intimidade, pessoal, afetiva e familiar, cujo segundo grupo de garantias fundamentais proporcionou a construção recente de um princípio geral de desconexão do trabalho, tutelando o descanso como um bem jurídico humano e fundamental.”

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.48. Sobre o conceito de inconstitucionalidade material consigna que: “A inconstitucionalidade será *material* quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio”.

²⁵ MOLINA. André Araujo. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. Revista de Direito do Trabalho. Ano 43, vol. 175, março de 2017, p. 72.

Assim, como o legislador conceituou o teletrabalho como mais uma das formas de prestação de serviço, afastando a ideia de categoria diferenciada, estando presente os requisitos da relação emprego, deverá ser observado os limites constitucionais. Vale dizer, se o uso dos meios telemáticos pelo teletrabalhador estiver relacionado com o trabalho, ainda que fora da jornada de trabalho avençado entre os contratantes, deverá tal período nela computar.

Soma-se a isso, o fato de que o *caput* do artigo 4º da CLT prevê como serviço efetivo o “período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. De acordo com a norma mencionada o serviço efetivo é todo período em que o trabalhador se encontra a disposição do empregador, mesmo que aguardando suas ordens. “Assim, independentemente de realizar a tarefa para a qual foi contratado, o empregado estará efetivamente em serviço sempre que permanecer aguardando ordens de execução²⁶”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O teletrabalho é inerente as inovações tecnológicas e a sua interação com o ser humano. De origem grega, ‘*tele*’ significa longe. Logo o teletrabalho é designativo de trabalho a distância, longe do estabelecimento do empregador e através do uso de tecnologias de informação e de comunicação.

A Lei 14.442 de 02 de setembro de 2022, que converteu a Medida Provisória 1.108/2022, modificou diversas previsões da CLT, dentre elas o conceito de teletrabalho e a possibilidade de prestar serviços por jornada, por produção ou tarefa, contemplado no artigo 75-B, § 2º da CLT, bem como o acréscimo do § 5º no artigo 75- B da CLT, prevendo que o uso dos meios telemáticos após a jornada de trabalho regular pelo empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A fixação do salário por unidade de tempo e havendo sobrejornada, o empregado provavelmente terá direito ao recebimento das horas extras, já que o controle de jornada nesta modalidade é inquestionável.

De outro modo, o salário por unidade de obra ou produção presume-se que as horas trabalhadas se encontram pagas, sendo devido apenas o respectivo adicional pelo serviço extraordinário prestado, como se verifica através da Orientação Jurisprudencial n. 235 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI-I) do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

De qualquer forma, deve ser observado no caso concreto se o empregado labutava sem horário fixo, sem jornada preestabelecida, sem sujeição a cumprimento de itinerário, o que implica na ausência de controle de jornada, afastando as regras de duração do trabalho.

Finalmente, o § 5 do artigo 75-B da CLT é questionável na medida que apresenta vícios de inconstitucionalidade material por expressar uma incompatibilidade de conteúdo com o artigo 7º, incisos XIII e XVI, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

²⁶ MARTINEZ, Luciano. op, cit. p. 402.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

EUROFOUND, OIT, Working anytime, anywhere: The effects on the world oh work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_544138/lang--en/index.htm. Acesso em 11 agosto 2021.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. Revista Magister de Direito do Trabalho, ano XIV, n.82, jan-fev. 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Curso de Direito do Trabalho, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Aplicação de normas sobre jornada no teletrabalho pela Lei 14.442/2022. Disponível em: <https://andt.org.br/publicacoes/aplicacao-de-normas-sobre-jornada-no-teletrabalho-pela-lei-14-442-22/>. Acesso: 07.out.2022.

GRAVATÁ, Isabelli. O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista. A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.241.

IPEA, Carta de Conjuntura n. 55, nota de conjuntura 20, 2º trimestre de 2022, apresentadas por Geraldo Sandoval Góes, Felipe dos Santos Martins e Vinícius de Oliveira Alves, p. 20. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_nota_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf. Acesso em 03.out.2022.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOLINA. André Araujo. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. Revista de Direito do Trabalho. Ano 43, vol. 175, março de 2017.

OIT, A Ameaça da Violência e Assédio Físico e Psicossocial no Trabalho Digitalizado Bureau Internacional do Trabalho, Genebra, 2020, p. 2. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_774237/lang--pt/index.htm.

OIT, Workplace Stress: A collective challenge, International Labour Office, CH-1211 Geneva 22, Switzerland, 2016, p. 7 e ss. Disponível: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466547.pdf.

SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT comentada. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Submetido em 08.10.2022

Aceito em 14.10.2022