O TELETRABALHO E O ART. 62 DA CLT. DIREITO COMPARADO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

ART. 62 DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE POR MUTAÇÃO DO ART. 7º, XIII. TELETRABALHO. DETURPAÇÃO DA FONTE DE DIREITO COMPARADO. I- O art. 62 da CLT é definitivamente inconstitucional, face à mutação causada pelas terceira e quarta fases da revolução tecnológica, que, arrastando os incisos I e II, universalizaram o trabalho “normal” e ampliaram o alcance do art. 7º, XIII, da Carta Republicana, caracterizando todas as atividades laborais, sem exceção, como suscetíveis a controle de jornada. II – O inciso III do art. 62 da CLT desvirtua o escopo do Código de Trabalho português, fonte de Direito Comparado da qual se origina a disciplina brasileira do teletrabalho, gerando conflito com o **caput** e o parágrafo único do art. 6º da CLT, a ser dirimido à luz do princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

A polêmica Lei 13467/2017, inapropriadamente conhecida como “reforma trabalhista”, introduziu a disciplina do chamado teletrabalho, **home office** e **anywhere office**.

Para tanto, criou o capítulo II-A, com cinco artigos (75-A a 75-E). O art. 75-B conceitua o teletrabalho como *“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”*.

**Geraldo Magela Melo** recorda que a definição é inspirada no Código do Trabalho português, cujo artigo 165º descreve o teletrabalho como *“a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”*.

A regulamentação lusitana estende-se por oito parágrafos do artigo seguinte, que tratam da forma (escrita) e das hipóteses em que essa contratação é permitida, impondo ainda que o ajuste contenha identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes, indicação da atividade a ser prestadas, expressa referência a esse regime, e a correspondente retribuição.

O Brasil acompanhou algumas diretrizes do Código luso, como a especificação das atividades a serem exercidas e a possibilidade de alteração entre os regimes “presencial” e à distância em aditivo contratual, e inovou ao criar um período de transição mínimo de 15 dias, do teletrabalho para o regime presencial.

Todavia, quanto à jornada de trabalho, o legislador brasileiro seguiu a exata contramão. Enquanto Portugal determina a “Indicação do período normal de trabalho” como requisito formal de contratação, aqui se fez acrescentar o inciso III ao art. 62 da CLT, simplesmente afastando os empregados em regime de teletrabalho do regime geral de duração do trabalho e reunindo-o às demais exceções dos incisos I e II, respectivamente prestadores de atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, e gerentes, diretores e chefes de departamentos e filiais.

A opção legislativa brasileira, contudo, revela-se extemporânea, e tão desastrada, que o retrocesso interpretativo em seu bojo termina por reabrir a questão da compatibilidade de **todo** o art. 62 da CLT com a Constituição Federal.

Com efeito, o Enunciado 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (Brasília – DF), já pontificava, nos idos de 2007, que *“A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XIV 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*”.

Não obstante, a jurisprudência do TST, de que são exemplos a OJ 332 (tacógrafo insuficiente ao controle de jornada) e a Súmula 287 (gerente geral bancário sem direito a horas extras), manteve-se firme na recepção do art. 62 em face do art. 7º, XIII, da Constituição de 1988, sob o argumento da eficácia contida de referido dispositivo da Carta Magna, que mitigaria a legislação comum especial, por se restringir ao assim chamado trabalho “normal”. Somente a este seriam necessariamente oponíveis os limites de oito horas diárias e 44 semanais. Assim, sendo “especiais”, as situações até então previstas no art. 62 e seus incisos I e II seriam consonantes com a nova ordem constitucional.

Mesmo predominante, contudo, tal interpretação sempre padeceu de problemas de insolúvel contorno. Consistindo em **atenuações**, à luz do inciso XIII do art. 7º as exceções do art. 62 da CLT não poderiam excluir o direito a horas extras dos trabalhadores nela abarcados, mas, quando muito, assegurá-lo de forma proporcional, conforme as peculiaridades das atividades excepcionadas, sob pena de se incorrer em claro e injustificado tratamento discriminatório, a ferir não somente o princípio isonômico do art. 5º, mas também diversas outras garantias constitucionais, como a saúde, a segurança, a intimidade, a vida privada e o lazer.

Ademais, a restrição do teletrabalho quanto ao regime geral de duração de trabalho revela-se antinômica face ao **caput** do art. 6º da própria CLT, que assim reza, **verbis -** *“Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância”* – este último, na verdade, gênero do qual o teletrabalho é uma de suas espécies – *“desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.*

A incongruência é ainda mais evidente quando à luz do parágrafo único do mesmo art. 6º, que assim dispõe: *“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*".

Ora, é contraditório que a Lei reconheça e legitime a capacidade das novas tecnologias em permitir o controle da prestação de serviços, o que logicamente inclui o registro e o armazenamento dos dados relativos a horários de início e término; mas, simultaneamente, desvirtue a natureza jurídica do teletrabalho, tratando-o como uma exceção análoga à do prestador de serviço externo incompatível com a fixação de uma jornada de trabalho. Tal conflito deve, pois, ser dirimido à luz do princípio tutelar da norma mais favorável ao trabalhador, espinha dorsal do ordenamento trabalhista, com evidente vantagem para o **caput** e o parágrafo único do art. 6º da CLT.

E mais. Antes mesmo de se cogitar da disciplina legal do teletrabalho, tanto o trabalho externo quanto o exercido em cargo de gestão passaram por uma grande revolução, detonada pela Internet e novas tecnologias de comunicação, como celulares, palmtops, smartphones, rastreadores, notebooks e computadores em rede. Viabilizou-se o controle à distância, dada sua capacidade, em contínuo crescimento, de processamento e armazenamento de todos os dados relativos ao serviço desempenhado pelo empregado – localização, natureza e horários dessas atividades, virtualmente perenizando a conectividade do trabalhador à rotina da empresa.

Tais mudanças logo se refletiram em setores como transporte de cargas e representação comercial, espraiando-se rapidamente pela atividade econômica em geral. Atenta à nova realidade, a Justiça do Trabalho passou a declarar reiteradamente a obsolescência do inciso I do art. 62, reconhecendo que as atividades sujeitas ao controle das novas tecnologias não eram mais “incompatíveis com a fixação de horário de trabalho”. Assim, sob a premissa semântica do art. 7º, XIII, da Constituição Federal, já não mais poderiam ser consideras atividades peculiares ou especiais, assumindo então a categoria de novas “normais”.

Com mais razão, tampouco há justificativa plausível para que o teletrabalho não seja tratado da mesma forma, pois, diferentemente da atividade externa do inciso I do art. 62, que veio a incorporá-las, primordialmente, como simples fator de controle da jornada, as novas tecnologias não só cumprem tal função como vêm a se confundir com a própria ferramenta de trabalho em si. O impacto da chamada terceira – e já a caminho da quarta - revolução tecnológica é inegável, e trouxe profundas alterações na produção e nas relações de trabalho.

Neste passo, podemos destacar a aceleração do processo de transição do sistema fordista para o toyotista – os produtos passam a ser elaborados em setores inteiramente destacados, e até em países distintos; hipertrofiam-se as atividades de pesquisa, desenvolvimento, design e marketing; explode o fenômeno da terceirização da mão-de-obra. A rapidez e a extensão de tais mudanças repercutiram inevitavelmente em todos os aspectos da vida humana: a globalização comercial, a velocidade das transações financeiras, o impacto nas estruturas e convivências sócio-políticas.

Essa profunda alteração da realidade foi reconhecida pelo Congresso Nacional à época da tramitação do Projeto de Lei 3129, que resultou na alteração do art. 6º da CLT pela Lei 12.551/2011. O deputado **Eduardo Valverde** já acentuava, em sua justificativa:

*"A revolução tecnológica e as transformações do mundo do trabalho exigem permanentes transformações da ordem jurídica com o intuito de apreender a realidade mutável. O tradicional comando direto entre o empregador ou seu preposto e o empregado, hoje cede lugar, ao comando à distância, mediante o uso de meios telemáticos, em que o empregado sequer sabe quem é o emissor da ordem de comando e controle. O Tele-Trabalho é realidade para muitos trabalhadores, sem que a distância e o desconhecimento do emissor da ordem de comando e supervisão, retire ou diminua a subordinação jurídica da relação de trabalho".*

Por todo o exposto, pode-se inferir pela ocorrência do fenômeno jurídico da **mutação constitucional**. Sem a necessidade de qualquer procedimento de reforma ou emenda, a nova realidade ampliou decisivamente o alcance do art. 7º, XIII, da Carta Magna, esvaziando o próprio sentido do adjetivo “normal”, pois já não mais haveria o contraponto de um trabalho “anormal”, “peculiar” ou “especial”.

Nem se diga que ocorram, aqui, quaisquer das hipóteses limitativas do reconhecimento dessa mutação, descritas pelo Exmº. Ministro **Luis Roberto Barroso**, do Supremo Tribunal Federal. A ampliação do alcance do art. 7º, XIII, não só respeita como reforça o prestígio de seus princípios fundamentais, em especial o do valor social do trabalho proclamado no inciso IV do art. 1º. Ademais, condiz com as possibilidades semânticas que defluem de seu texto.

Assim, se a recepção do art. 62 da CLT já esbarrava na ausência de distinção constitucional entre atividades laborais suscetíveis ou não de controle de jornada, hoje não restam mais dúvidas quanto à sua definitiva inconstitucionalidade, uma vez sepultado pela mutação causada pelas terceira e quarta fases da revolução tecnológica, que, arrastando os incisos I e II, universalizaram o trabalho “normal” e ampliaram o alcance do art. 7º, XIII, da Carta Republicana, caracterizando todas as atividades laborais, sem exceção, como passíveis desse controle.

Especificamente quanto ao teletrabalho, aduza-se que o inciso III do art. 62 da CLT desvirtua o escopo do Código de Trabalho português, fonte de Direito Comparado da qual se origina a disciplina brasileira, em conflito com o **caput** e o parágrafo único do art. 6º da CLT, a ser dirimido à luz do princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Geraldo Magela – O teletrabalho na nova CLT – 2017. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>. Acesso em 08 abr. 2018