

Teletrabalho: Intepretação da Lei 12.551 de Forma a Impedir a Superexploração do Trabalhador

Autor:

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti

Era ele que erguia casas

Onde antes só havia chão.

Como um pássaro sem asas

Ele subia com as casas

Que lhe brotavam da mão.

Mas tudo desconhecia

De sua grande missão:

Não sabia, por exemplo

Que a casa de um homem é um templo

Um templo sem religião

Como tampouco sabia

Que a casa que ele fazia

Sendo a sua liberdade

Era a sua escravidão

(...)

O operário em Construção

Vinicius de Moraes

RESUMO: A tecnologia se manifesta no plano dos processos produtivos melhorando ou piorando as condições de vida e de trabalho dos empregados, conforme a opção do legislador em adaptar as normas aos novos mecanismos e conforme o esforço hermenêutico dos operadores do direito. A Lei nº 12.551/2011 é bastante sintética o que torna necessário que os intérpretes encontrem soluções hexagéticas que permitam retirar dela algum progresso social. Há que se reconhecer, portanto, que a alteração inserida no corpo do art. 6º da CLT assegurou proteção contra a hiperexploração de seu trabalho, notadamente no que diz respeito à imposição de limites para o horário da cobrança de tarefas por meios telemáticos e que os e-mails apresentam valor probatório também quanto ao horário de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Sobreaviso. Horas Extras.

1 Direito do Trabalho e Novas Tecnologias

A ligação entre avanços tecnológicos e relação de emprego, numa acepção ampla, é inegável. Segundo Vera Regina Loureiro Winter, a tecnologia se manifesta no plano dos processos produtivos de várias maneiras. Ela provoca mudança no conteúdo do trabalho e substituição de trabalhadores (em razão da redução das horas de trabalho necessárias), além de elevar simultaneamente a produtividade e a produção(1).

Em alguns casos as manifestações dos progressos tecnológicos são positivas para os trabalhadores. O advento do maquinismo, por exemplo, é considerado um fator crucial para o fim da escravidão. Como bem salienta Balmes Vega Garcia, as nações hegemônicas do século XVIII, sobretudo Inglaterra, França e Holanda foram, com o advento da Revolução Industrial, se afastando paulatinamente do comércio escravagista que controlavam porque a produção feita através de máquinas se tornou muito mais eficiente e porque somente trabalhadores livres poderiam consumir os produtos agora produzidos de forma massificada, e o fim da escravidão era necessário para aumentar o mercado consumidor e encontrar demanda para o aumento da produção(2).

Em outros casos as manifestações da tecnologia nos processos produtivos implicaram em significativos prejuízos para os trabalhadores. As técnicas de especialização da produção, exemplificativamente, vêm tornando o trabalho mais repetitivo e monótono, situação que estaria na raiz de diversos problemas de saúde, notadamente as moléstias catalogadas como LER e DORT).

Em algumas atividades, o maquinismo e a especialização da atividade tornou o homem coadjuvante do processo produtivo de que até então era o protagonista. Se antes da revolução industrial um alfaiate era uma figura absolutamente infungível no processo produtivo das roupas que elaborava, após esse marco histórico o operário da tecelagem responsável pela mesma vestimenta passou a ser apenas mais uma peça na engrenagem do processo produtivo. Tornou-se assim uma figura absolutamente fungível. Justifica-se, sob esta perspectiva, a observação de Evaristo de Moraes Filho, feita nos idos de 1942: "a máquina na produção moderna, substituiu o homem, que passou a ser o seu vigia passivo, num papel tão mecânico como o da própria máquina"(3).

As mais recentes conquistas tecnológicas impactaram o controle da relação entre tempo de trabalho e tempo livre. Importantes inovações como o telefone móvel, a comunicação por e-mail, os chats de conversa em tempo real e, mais recentemente, os smart phones, encurtaram distâncias, transformaram o mundo em uma aldeia global e aumentaram sensivelmente a velocidade da comunicação. A despeito destes inegáveis benefícios, cumpre reconhecer os inúmeros malefícios trazidos por esses aparelhos. O preço dessa facilitação na comunicação foi a grande dificuldade enfrentada hoje pelos trabalhadores para se desconectar de suas atividades.

Se no passado se chegou a acreditar que a transferência do trabalho humano para as máquinas garantiria às pessoas mais tempo para lazer, o que se verificou, infelizmente, foi exatamente o oposto. A tecnologia tem dificultado a desconexão das pessoas do trabalho e reduzido o seu tempo de efetivo lazer(4). O expressivo número de aplicativos de comunicação instantânea que acompanham os trabalhadores durante todo o dia em seus smart phones ou nos das empresas que lhes são "gentilmente" cedidos, não lhes permite mais desconectar do trabalho(5).

Razão assiste, portanto, à Jorge Luiz Souto Maior, segundo quem "o avanço tecnológico está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho"(6). O mesmo autor sintetiza a paradoxal situação de benefícios e malefícios gerados pela tecnologia ao asseverar que embora proporcione ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, ela torna o homem um ser dependente dos meios de informação pois "o prazer da informação transforma-se em necessidade de se manter informado, sobretudo para não perder espaço no mercado de trabalho"(7).

Refletindo sobre o impacto de alguns avanços tecnológicos na vida e trabalho dos advogados e demais profissionais do direito, é fácil perceber como a tecnologia que a princípio deveria ou poderia propiciar ao trabalhador mais liberdade e mais tempo livre, se tornou na verdade a sua nova forma de grilhão. Houve época em que o advogado redigia a mão os seus trabalhos, o que era naturalmente cansativo e desgastante. A datilografia, o papel carbono e, posteriormente, a fotocópia, minoraram esse problema na medida em que permitiram a produção de diversos textos similares em um só ato. Os processadores de texto desenvolvidos para computadores pessoais, com seus recursos de armazenar arquivos (ctrl + s) e de copiar ou recortar trechos inteiros de

outros arquivos (ctrl + x ou ctrl + c) e reproduzi-los em outro documento (ctrl + v), pareciam surgir como aliados dos advogados e demais profissionais do direito que doravante não precisariam escrever, nem mesmo digitar trechos inteiros de petição inicial, principiando pelo endereçamento. Bastaria que, sempre que estivessem diante do mesmo caso, eles utilizassem um dos arquivos anteriormente elaborados. Era natural que se pensasse que os advogados passariam a trabalhar menos e a dispor de mais tempo livre. Não foi isso, contudo, o que se verificou. Na mesma proporção que aumentou a facilidade na elaboração dos textos, aumentou a quantidade de textos que eles precisariam elaborar sequencialmente. Alguns escritórios viraram verdadeiras linhas de produção em série e seus advogados figuras cada vez mais similares aos operadores de máquinas e distantes do arquetipo do trabalhador intelectual.

Não é diferente o que se verifica com o recente advento do processo eletrônico. A possibilidade de se cumprir os prazos pela rede mundial de computadores até os últimos instantes do dia poderia ser a solução para os estressantes deslocamentos ao fórum no dia do termo final para protocolo. Para os advogados empregados, contudo, ela resultou em uma constante dilatação da jornada de trabalho até o último instante do dia. A possibilidade de protocolo além das 18:00 horas acabou fazendo com que cada vez mais advogados permanecessem em atividade após esse horário utilizando até o último instante do prazo para a formalização do ato.

Por fim, cabe destacar que em alguns escritórios a tecnologia vem permitindo que os advogados deixem as dependências do estabelecimento após o término da jornada e se dirijam às suas residências para, a partir de lá, concluírem seus afazeres, acessando de forma remota os arquivos do banco de dados do escritório.

O exemplo dos advogados foi citado por ser seguramente o mais próximo dos leitores de textos jurídicos e não por se tratar de situação exclusiva dessa categoria profissional. Incontáveis outras profissões poderiam ser citadas aqui. Razão assiste, portanto, à Antonio Escosteguy Castro, segundo quem o impacto da revolução microeletrônica em nosso mundo e nossas vidas deveria ser a lição final para que nos conscientizássemos de que o desenvolvimento e a adoção de novas tecnologias não são um assunto privado, a ser deixado para pesquisadores, produtores e ao velho mercado. Razão também lhe assiste ao asseverar, em remate, que particular atenção haverá de ser dada a organismos e instrumentos de regulação do desenvolvimento de novas tecnologias, cabendo à sociedade influir na adoção desta ou daquela solução tecnológica, em face das consequências que desta adoção advirão para o emprego, o meio ambiente, a saúde, a economia(8). Poderíamos, em acréscimo a essas considerações, ressaltar o importante papel dos operadores do direito ao interpretar as normas vigentes de forma a impedir ou pelo menos minorar os fatores negativos propiciados pelas inovações tecnológicas.

O legislador não poderia, portanto, se furtar ao seu dever legal de atualizar as normas brasileiras às mudanças decorrentes do avanço tecnológico. Essa tarefa, infelizmente, ou não vem sendo feita ou vem sendo feita de forma demasiadamente morosa. Basta dizer que a nossa legislação ainda faz referência à serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo) que a décadas foram substituídas pelas atividades de digitação, sequer mencionadas no texto legal.

Essa inércia do legislador em adaptar o repertório normativo brasileiro às novas tecnologias, vem levado o judiciário a, muitas vezes, avocar para si a difícil tarefa de disciplinar a questão pela via interpretativa. Para evitar eventuais alegações de violação ao princípio da separação dos poderes, os magistrados muitas vezes procuram interpretar a nova realidade sob a perspectiva da obsoleta legislação, apresentando soluções que não se afiguram as mais adequadas. Um bom exemplo é o tratamento dado às operadoras de telemarketing, a quem, até pouco tempo atrás, não se reconhecia a jornada reduzida estipulada no art. 227 da CLT em razão de não operarem mesa de transmissão, utilizando apenas telefones comuns para atender e fazer ligações exigidas no exercício da função(9). O paradoxo é flagrante. Primeiramente porque a justificativa apresentada, se levada a ferro e fogo, não permitiria a aplicação da jornada reduzida sequer aos telefonistas que já não usam mesa de transmissão a muito tempo. A duas porque se a justificativa para a norma era a penosidade do trabalho dos telefonistas na primeira metade do século passado, em razão justamente da utilização do instrumento referido, há que se reconhecer que o trabalho das operadoras de telemarketing é hoje muito mais penoso do que o dos integrantes da categoria antes referida, que já não contempla tanto esforço nos membros superiores.

No que diz respeito especificamente ao teletrabalho há que se reconhecer que o legislador rompeu o seu silêncio ao, no crepúsculo do ano de 2011, mais precisamente no dia 15 de dezembro, editar a Lei nº 12.551. Essa norma, que entrou em vigor na data de sua publicação, dispõe de apenas dois artigos e tem como único efeito alterar o *caput* do art. 6º da CLT, que doravante dispõe que "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" (10) e adicionar a ele um parágrafo único, que estatui 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".

Houve quem afirmasse que o texto legal em questão não apresentou grandes inovações(11). Não há como concordar com esta afirmação. Apesar de singelas, essas alterações provocarão grande impacto nas relações de trabalho brasileiras, como se observará a seguir.

2 Conceito de Teletrabalho

Não obstante semanticamente o epíteto teletrabalho se identifique com o epíteto trabalho à distância, pois o prefixo tele designa distância e não tela como se poderia equivocadamente imaginar, juridicamente vem se atribuindo às duas palavras conotações distintas, embora muito próximas. Trabalho à distância, segundo a acepção que se vem dando ao tema, seria o gênero do qual são espécies o trabalho em domicílio e o teletrabalho. Qualquer trabalho realizado de forma que o controle das atividades do empregado seja feito a partir de um ponto distante daquele em que é realizado caracteriza a hipótese de trabalho à distância. É possível, portanto, concluir que o fator determinante para a caracterização dessa forma de trabalho é a distância entre o empregado e a pessoa responsável pelo controle de sua atividade e não o fato de essa ser realizada ou não em espaço físico do empregador.

A distinção entre teletrabalho e trabalho em domicílio é bastante sutil. O teletrabalho consiste no trabalho realizado à distância em que o controle da atividade se dá com auxílio dos instrumentos de telemática, como a internet e os sistemas de telefonia. O trabalho em domicílio é aquele realizado na ou a partir da residência do empregado, no qual o controle da sua atividade não é feito diariamente mediante contato direto entre empregado e empregador, mas de forma esporádica, mediante visitas ou por ocasião da entrega da produção.

Em alguns casos as figuras se confundem. Se o trabalho é realizado com o uso dos sistemas de telemática, a partir da própria residência do empregado, estar-se-á diante de hipótese de teletrabalho e de trabalho em domicílio. Não se pode, entretanto, descartar a hipótese de o trabalho ser realizado com o auxílio da telemática em local distinto do domicílio do empregado. É o que se verifica, por exemplo, quando determinada empresa mantiver local distinto de sua sede para que os trabalhadores tenham acesso a computadores disponibilizados para suas tarefas sem a presença física de superiores, que permaneceriam na sede da empresa e controlariam seus subordinados utilizando também meios telemáticos. Nessa hipótese haveria teletrabalho, mas não trabalho à domicílio.

Tampouco se pode descartar a hipótese de o trabalho ser realizado no domicílio do empregado sem ser controlado mediante a utilização de meios telemáticos como se verifica, por exemplo, no caso de uma costureira empregada que produza em sua casa e entregue a produção semanalmente. Tem-se na hipótese trabalho em domicílio, mas não teletrabalho.

3 Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho

Fala-se muito que as novas tecnologias propiciam maior liberdade para o trabalhador por permitir que ele desempenhe suas tarefas fora do espaço físico da empresa. De fato, o teletrabalho -, assim como as demais formas de trabalho realizado à distância -, assegura, em certa medida, mais liberdade para o trabalhador em razão de ser realizados sem a presença física dos superiores hierárquicos. Isso permite, por exemplo, que o trabalhador escolha com maior liberdade os trajés que usarão e, em alguns casos, decida os horários em que cumprirá suas tarefas e a forma como o fará. Como salientou Regina Madalozzo, uma conquista dos trabalhadores a partir das novas tecnologias foi o fato de algumas empresas permitirem que o próprio funcionário escolha quando e onde trabalhar. Isso porque para elas o importante não seria o tempo dentro da empresa, mas o que é entregue a ela(12).

Essa liberdade, contudo, muitas vezes acaba apresentando um lado muito negativo. Parafraseando um trecho da poesia "O operário em construção", do saudoso Vinícius de Moraes, transcrita na epígrafe desse texto, para os teletrabalhadores alguns avanços tecnológicos sendo a sua liberdade, tornam-se sua escravidão. Vera Regina Loureiro Winter observa, com acerto, que as novas tecnologias, em verdade, "ensejam maior controle técnico sobre o conteúdo e ritmo do trabalho e, em consequência, sobre a atividade do empregado, o que, em princípio, pode significar menor liberdade de ação deste"(13). Com efeito, a mesma tecnologia que possibilita ao empregado realizar tarefas estando distante do empregador e de seus superiores pode, ao invés de resultar em maior liberdade, resultar em maior controle e em maior pressão psicológica. Quando o controle do trabalho é realizado diretamente pelos olhos do empregador ou do superior é fácil justificar pequenas pausas no ritmo da inserção de dados no computador, como aquelas efetuadas para auxiliar um colega ou para ir ao banheiro. Quando o controle é feito a partir de informações emitidas pelo sistema de controle da rede mundial de computadores, como horário de acesso e de inserção de dados, quantidade de informações divulgadas por minuto, etc., o trabalhador acaba se sujeitando ao mesmo tratamento dado à frieza dos números.

Demais disso o controle deixa de estar relacionado com a presença do empregado e do empregador no mesmo espaço físico e passa a ser exercido em tempo integral, o que é muito prejudicial para os trabalhadores que cada vez menos se desconectam de suas atividades. O estresse relacionado com as cobranças e com o medo de represálias, que no trabalho desempenhado na sede da empresa está diretamente ligado à presença e, por vezes, ao humor do empregador ou superior hierárquico, para alguns trabalhadores torna-se constante na medida em que ele passa a desconhecer os exatos momentos em que sua atividade está sendo fiscalizada e avaliada, restando por isso mais apreensivo.

A comunicação entre empregado e empregador via e-mails, chats, intranet e outras formas de comunicação telemática em tempo real, normalmente não tem som, o que diminui a compreensão que se pode ter da mensagem enviada e aumenta a angústia do interlocutor empregado. Não se pode olvidar que a comunicação, segundo estudos, é muito mais dependente da forma como a informação é passada do que propriamente de seu conteúdo. Com isso o trabalhador muitas vezes se angustia por não saber o verdadeiro teor da mensagem que lhe foi passada, se positivo ou negativo, nem tampouco precisar a exata medida do descontentamento de seu superior.

O teletrabalho também tem influenciado negativamente o número de horas de serviço prestado justamente por dificultar a desconexão do trabalhador com suas tarefas que passam a poder ser executadas em qualquer local, não estando adstritas ao espaço físico da empresa. Como bem observa Regina Madalozzo, "Foi por meio de computadores portáteis e de telefones com aplicativos que passamos a trabalhar mesmo em horário de folga. Num passado remoto, era plenamente possível separar o tempo gasto no trabalho e o tempo dedicado à vida pessoal". Segundo ela "hoje, em segundos, é possível enviar e atender demandas. Fica bem mais complicado determinar a hora do trabalho e a hora do lazer"(14).

Érica Fraga, em matéria veiculada na Folha de São Paulo, observou que a combinação entre crescimento mais intenso da economia e avanço nas tecnologias de comunicação tem resultado em aumento das horas trabalhadas no Brasil. afirmou-se na referida matéria que sete em cada dez profissionais que ocupam cargos como analista, gerente e supervisor afirmam passar mais tempo no escritório hoje do que há cinco anos. Mais da metade dos entrevistados para a reportagem afirmaram que o teto da carga horária no escritório saltou de oito para dez horas diárias, e quase 80% são acionados nos momentos de lazer e descanso via mensagens no celular. Mais de 50% dos trabalhadores de empresas que atuam no país respondem a e-mails de trabalho durante as férias, segundo pesquisa da consultoria de recrutamento de executivos (Asasp), que ouviu 1.090 pessoas com renda mensal entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) (15).

O diretor de saúde e segurança ocupacional do Ministério da Previdência, Remígio Todeschini, afirmou, por sua vez, que "o aumento nos casos de transtornos mentais e comportamentais tem relação direta com o aumento das horas trabalhadas"(16). Os números indicam que as concessões de auxílio-doença acidentário para casos de transtornos mentais e comportamentais cresceram 19,6% no primeiro semestre de 2011 em relação ao mesmo período do ano anterior. Este aumento corresponderia a quatro vezes o da expansão no número total de novos afastamentos autorizados pelo INSS(17).

Os afastamentos provocados por casos de transtornos mentais e comportamentais, por exemplo, saltaram de apenas 612 em 2006 para 12.818 em 2008, em decorrência de mudanças adotadas pelo Ministério da Previdência Social que facilitaram o diagnóstico de doenças causadas pelo ambiente de trabalho. Mas, depois desse ajuste inicial, tinham subido apenas 5% em 2009(18). Remígio Todeschini, então diretor de Saúde e Segurança Ocupacional da Previdência Social, aponta o surgimento de tecnologias mais avançadas de comunicação entre as causas dessa expansão recente(19). Em sua opinião "com o uso muito grande de ferramentas tecnológicas, o trabalho passou a exigir um envolvimento mental muito grande".

Nelson Carvalhaes Neto, médico do Fleury Medicina e Saúde, afirmou, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, que a jornada estendida por meio de tecnologias mais avançadas de comunicações é uma das reclamações dos executivos que atende. Segundo ele, "os facilitadores de comunicação foram uma cilada. Hoje, ninguém consegue ficar off line"(20).

Ainda assim, há quem veja benefícios no estilo de vida desencadeado por essa nova tecnologia. Rodrigo Vianna, diretor de uma empresa de recrutamento de executivos afirmou, em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, que sem as novas tecnologias as pessoas viveriam praticamente dentro das empresas. Segundo ele "Com a globalização, não há mais fuso horário. É preciso ficar ligado o tempo todo. A tecnologia, nesse sentido, veio para ajudar" (21).

Há quem defenda também que o conforto de resolver problemas por e-mail, dentro de casa, em vez de pelo comparecimento a reuniões, tende a contrabalancear, por exemplo, o incômodo das solicitações fora de hora, e que caso o princípio das horas extras fosse levado adiante com rigor extremado, nada impediria uma empresa de descontar o tempo que um funcionário emprega, no computador do escritório, para responder a e-mails pessoais ou dedicar-se às modalidades, tantas vezes discretas, de lazer que se oferecem na tela(22). Há também quem minimize as preocupações com a desconexão dos empregados de suas atividades por concluir que as técnicas administrativas mais recentes procuram induzir, nos empregados, o comprometimento com metas de desempenho, mais do que o dispêndio de tempo no trabalho de rotina(23). Para os defensores dessa tese, uma cultura empresarial saudável, a ser construída na experiência diária entre funcionários e empregadores, recomenda a diminuição dos coeficientes de stress e ineficiência associados ao uso imoderado dos celulares e dos e-mails(24).

A despeito de todas as considerações feitas anteriormente, é forçoso reconhecer que o teletrabalho propicia inúmeros benefícios sociais. Ele propicia, por exemplo, que pessoas que teriam dificuldades de trabalhar na sede das empresas, como mães solteiras com filhos pequenos e pessoas com algum tipo de deficiência grave de locomoção, não sejam alijados do mercado de trabalho. Beneficia o trânsito e diminui a poluição em grandes metrópoles, pois ao tornar desnecessário o deslocamento dos trabalhadores para a sede das empresas o teletrabalho diminui o número de carros em circulação. Para o empregador o teletrabalho ainda reduz custos com impostos, eletricidade e outros decorrentes da manutenção do estabelecimento de trabalho funcionando, o que libera recursos para investimentos em eventual contratação de outros teletrabalhadores e pode provocar o barateamento das mercadorias a serem consumidas pela sociedade, hipótese que também beneficiaria os trabalhadores que passariam a ter acesso a um maior número de bens de consumo(25). Sob essa perspectiva, não seria interessante e nem mesmo adequado proibir o teletrabalho ou restringir essa forma de contratação. O que é fundamental é encontrar uma forma de discipliná-lo evitando que ele seja fator inibidor da desconexão com o trabalho e fomentador de doenças psíquicas e outros problemas.

Sob esta perspectiva há que se reconhecer que a única forma de identificar algum progresso social, a partir da edição da Lei nº 12.551, é interpretando as modificações introduzidas em seus dois únicos dispositivos, de forma a inibir a utilização da mão de obra do empregado além da sua jornada regulamentar, mormente as situações de sobreaviso e as horas extras. É esta a proposta adotada nos tópicos a seguir desenvolvidos. É esta também a tendência da jurisprudência, segundo se pode concluir a partir da recente revisão no texto da Súmula nº 428 do TST.

4 Sobreaviso

A figura do sobreaviso foi instituída pelo art. 244, § 2º da CLT que expressamente consignou que "Considera-se de 'sobre-aviso' o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço", esclarecendo ainda que "Cada escala de 'sobre-aviso' será, no máximo, de vinte e quatro horas" e que "As horas de 'sobre-aviso', para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal".

Em 19.09.85 editou-se a Súmula nº 229 do TST (então chamada Enunciado 229), que estendeu o regime de sobreaviso para os eletricitários. A sua redação original assim dispunha: "Nº 229 Sobreaviso - Eletricitários. Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à razão de 1/3 do salário normal". Durante a ampla revisão realizada nos verbetes do TST em novembro de 2003, a redação foi alterada para a seguinte: "Súmula nº 229. SOBREAVISO. ELETRICITÁRIOS. Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial". A mudança da base de cálculo do "salário normal" para "totalidade das parcelas de natureza salarial" deveu-se ao fato de o art. 1º da Lei nº 7.369, de 20.09.85, estatuir que os eletricitários fazem jus ao adicional de periculosidade de 30% incidente "...sobre o salário que receber". Houve, como é fácil perceber, uma correção no que se refere à base de cálculo do adicional de sobreaviso.

A jurisprudência passou, com o tempo, a estender a mesma interpretação analógica para outras categorias profissionais, como a dos médicos socorristas, que permaneciam em sua residência durante os períodos de folga em razão de poderem ser requisitados para o serviço a qualquer momento.

Os anos noventa marcam o surgimento dos aparelhos BIP, hoje em desuso, e a popularização dos sistemas de telefonia móvel (aparelhos celulares). Os anos dois mil a popularização dos mecanismos de transmissão instantânea de dados (3G, 4G e sms). A facilidade na comunicação proporcionada por esses aparelhos gerou questionamentos acerca da aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT para médicos, enfermeiras, engenheiros ou mesmo chefes de segurança de determinada empresa e controladores de caldeira, apenas para citar alguns exemplos, que desfrutassem de seus períodos de folga alertados de que poderiam ser convocadas para o trabalho com o uso da nova tecnologia. Em um primeiro momento, inúmeros julgados reconheceram o regime de sobreaviso por meio dessa nova tecnologia.

O TST inclinou-se, contudo, em sentido diverso, editando, após reiteradas decisões nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 49 que dispunha expressamente que "O uso do aparelho bipe

pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço". Francisco Antonio de Oliveira traduziu um pouco do equivocada sentimento que motivou a elaboração do aludido verbete ao afirmar textualmente que "existem profissões que possuem as suas peculiaridades próprias. As horas de sobreaviso serão devidas quando objetivamente comprovadas. O simples uso do bipe se traduz em um ônus da profissão ou da função ocupada"(26). A OJ em questão foi posteriormente convertida na Súmula nº 428 que praticamente manteve a mesma redação, apenas acrescentando ao lado do bipe aparelhos surgidos posteriormente como os pagers e os telefones celulares.

Ao acrescentar ao art. 6º do texto consolidado parágrafo dispoendo 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", o legislador provocou imediatas reflexões acerca da sustentabilidade do entendimento referido anteriormente, então completamente pacificado.

Em matéria veiculada no sítio do TST na rede mundial de computadores, afirmou-se que a sanção da Lei nº 12.551/2011, que alterou o art. 6º da CLT, provavelmente provocaria a revisão da Súmula nº 428 da referida corte que, como visto, não reconhecia então o uso de aparelhos de intercomunicação (telefone celular, bipe ou pager) como suficientes para caracterizar o sobreaviso.

O Presidente do TST, Ministro João Oreste Dalazen, afirmou na entrevista que resultou na matéria que ao dizer que o trabalho realizado a distância é tempo de serviço, a lei tornou imperativa a revisão da súmula. E apresentou as seguintes reflexões: Não há dúvida de que o serviço prestado a distância pode configurar relação de emprego, mas como será nos casos em que um empregado não trabalhar a distância, mas permanecer à disposição do empregador, portando um celular? Será que esse empregado deve ser remunerado da mesma forma quando o serviço é prestado ininterruptamente? Nesses casos, teremos de considerar pelo menos três hipóteses. A primeira seria a de que o tempo à disposição da empresa deve ser remunerado como de sobreaviso. Se esse entendimento prevalecer, o trabalhador receberia pelo período, à equivalência de um terço do salário. A segunda hipótese seria a de considerar o tempo como hora normal de trabalho, e a terceira seria a de simplesmente não pagar por ele(27).

O Ministro Presidente afirmou ainda na mesma ocasião que o TST precisará estudar cada meio de comunicação (celular, pager, e-mail, telefone fixo, etc.) para definir quais deles podem ser utilizados para caracterizar o sobreaviso(28).

As empresas manifestaram compreensível preocupação com a possibilidade de se considerar todos que têm celular corporativo em regime constante de sobreaviso(29).

Finalmente na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012, na qual foi feita uma revisão ampla nos verbetes do TST, alterou-se a redação da Súmula nº 428 do TST que passou a vigorar com a seguinte redação:

"SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT. 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 novo texto seguramente tranquilizou alguns empregadores que já cogitavam reconsiderar a concessão de celulares corporativos para seus empregados. Os Ministros do TST acertadamente fizeram questão de evidenciar, como no passado, aliás, já o haviam feito, que o simples fato de determinado trabalhador manter consigo celular, bipe, pager ou qualquer instrumento telemático ou informático fornecido pela empresa não caracteriza regime de sobreaviso. Conclusão diversa, além de injustificada sob o ponto de vista hexagético, teria o único condão de inibir o fornecimento desses aparelhos, que na maioria dos casos beneficia o trabalhador.

A grande mudança que efetivamente podemos identificar, contudo, está no inciso II, na passagem em que se considera 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. Uma leitura apressada dessa passagem pode, contudo, conduzir à equivocada conclusão de que sempre que o empregador mantiver contato pelo celular com o trabalhador fora da jornada de trabalho, esse tempo deverá ser pago como de sobreaviso (1/3 do valor da hora normal). Ora, se o empregador contata pelo sistema de telefonia móvel determinado empregado e faz uma áudio-conferência que dura 1 hora, não se há de falar em sobreaviso. Estar-se-á diante, naturalmente, de uma hora de trabalho efetivo, prestado à distância. Houve prestação efetiva de serviços por "meio telemático e informatizado de comando, controle e supervisão". Esse tempo deverá, portanto, ser pago como de serviço efetivamente prestado acrescido, naturalmente, do adicional de horas extras, por se tratar de situação fora da jornada regular de trabalho, e eventualmente do adicional noturno.

A hipótese do inciso II somente se verificará quando, por exemplo, o empregador orientar o empregado a manter o celular ligado e a uma distância audível durante todo o final de semana, pois poderá ser requisitado a qualquer momento. Nesse caso, não terá havido trabalho efetivo e todo o final de semana deverá ser remunerado como tempo de sobreaviso do empregado. Afinal, durante o período mencionado o empregado esteve efetivamente "em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso".

5 Questões Probatórias

É importante refletir sobre o impacto da Lei nº 12.551 no que diz respeito ao ônus da prova. É assente a afirmação de que demonstrada a prestação de serviços presume-se a relação de emprego, cabendo ao tomador do serviço provar o contrário. Essa máxima de hermenêutica parte da premissa de que o ordinário se presume e o extraordinário deve ser provador e de que o ordinário, em matéria de trabalho, é a existência de um vínculo de emprego.

O judiciário, no entanto, partindo da premissa de que em matéria de trabalho à distância o ordinário seria a autonomia e o extraordinário a subordinação, frequentemente deixava de lado essa máxima de hexegese quando o trabalho não era desempenhado nas dependências da empresa. Presumia-se, nesse caso, a falta de vínculo jurídico em razão da inexistência de controle direto na elaboração das atividades, da falta de vigilância constante do patrão e da assunção por esse mesmo trabalhador de grande parte do risco das tarefas feita a domicílio. O fato de o art. 6º do texto consolidado, desde sua redação original, não admitir distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o trabalho realizado no domicílio do empregado, desde que caracterizada a relação de emprego, não parecia suficiente para mudar essa lógica. Espera-se que com o acréscimo do parágrafo único, segundo o qual 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", adote-se para o teletrabalho a mesma lógica hermenêutica adotada para o trabalho realizado nas dependências do empregador. Uma vez caracterizado que o empregado/reclamante prestava serviços para a reclamada e tinha suas tarefas dirigidas à distância, através do recurso à mecanismos de telemática, caberá ao empregador/reclamado demonstrar que esse trabalho era desempenhado com autonomia.

Também quanto aos meios de prova do teletrabalho a nova legislação deverá impactar o entendimento majoritariamente vigente até então nos tribunais. Verificando-se o repertório jurisprudencial dos principais tribunais do país, percebe-se que muitos deixaram, por diversas vezes, de reconhecer a existência de trabalho em sobrejornada prestado à distância em razão de não aceitarem e-mails como prova.

Esse apego à prova oral para demonstração da sobrejornada não pode subsistir quando já se dispõe de texto legal que afirma 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". Assim como servem para provar ordens, cobranças e fiscalizações que evidenciam a existência de vínculo de emprego, os e-mails também devem ser admitidos como prova juris tantum do horário em que foram emitidos. E o horário lá indicado deverá, no cotejo com as demais provas dos autos, subsidiar conclusões acerca de eventual sobrelabor.

Em verdade, os e-mails não vinham sendo admitidos como prova nem mesmo em situações em que somente poderiam ser enviados de dentro do estabelecimento da empresa. Em censurável precedente, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região considerou que a hora do envio das mensagens eletrônicas não constitui prova suficiente da sobrejornada, eis que passível de atestar apenas a presença do recorrente naquele horário na empresa, o que não significa que tenha ele, naquele dia, laborado acima da quantidade de horas fixada pela legislação(30).

Para fundamentar a discordância com o julgado, cabe aqui registrar o entendimento de que havendo uma prova documental de que o empregado esteve na empresa no dia e horário lá indicados, deve-se presumir o labor, admitindo, no entanto, a possibilidade de o empregador provar que aquele empregado permanecia nas dependências do estabelecimento sem trabalhar, por exemplo, para esperar sua esposa ou colega que oferecesse uma carona para sua casa. Não se pode olvidar da já citada máxima segundo a qual o ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado. Nesse caso o ordinário é imaginar que o trabalhador só fica no estabelecimento da empresa quando está trabalhando.

Noutro julgado que merece menção a 3ª Turma do TRT da 10ª Região indeferiu o pleito de horas extras por considerar que e-mails podem ser enviados de qualquer computador conectado à rede mundial, independentemente do comparecimento do laborista à empresa no final de semana⁽³¹⁾. Utilizou-se nesse caso um argumento que claramente não resiste à mudança verificada na legislação brasileira. Afinal, o não comparecimento do empregado à empresa no final de semana é irrelevante se ficar comprovado que ele cumpriu o seu contrato de trabalho de qualquer outro lugar, valendo-se de instrumentos de telemática.

Devem prevalecer, doravante, os julgados que reconhecem valor probatório aos horários indicados nos e-mails enviados por empregados e empregadores⁽³²⁾, permitindo-se ao empregador produzir contraprova questionando, por exemplo, que os mesmos foram manipuladores. Quando questionamentos desse gênero vierem à tona, a contraprova é relativamente simples. Bastará que se notifique o servidor para que ele informe em que horário a mensagem foi efetivamente enviada.

6 Legislação Aplicável ao Teletrabalho Efetuado no Exterior para Empresa Sediada no Brasil

Outra questão assaz relevante diz respeito à definição da legislação aplicável quando o teletrabalho for prestado em país diferente do da sede da empresa que se beneficia dele. A hipótese é muito mais corriqueira do que se pode imaginar. Trata-se de uma realidade que tende a se acentuar em razão da globalização econômica atualmente verificada.

Quando a discussão estiver relacionada com a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, a solução é ditada pela Lei nº 7.064/80, conhecida como Lei Mendes Júnior em razão das atividades da aludida empreiteira no Oriente Médio no final dos anos 70 e início dos anos 80, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.962/09. Segundo o art. 3º da aludida norma, a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços e dos direitos lá mesmo previstos, "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

A partir desse preceito é possível concluir que a norma aplicável ao teletrabalhador dependerá diretamente do local de sua contratação. Se ela for efetuada no Brasil, ainda que o teletrabalho tenha sempre sido cumprido no exterior, aplicar-se-á os preceitos da Lei nº 7.064/80 e a legislação brasileira no que for mais favorável do que a legislação do local em que o teletrabalhador desempenhar suas atividades.

A mesma solução deverá ser aplicada à situação do teletrabalhador que, após começar a cumprir o contrato no território brasileiro, for cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro, bem como à situação do teletrabalhador contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior, hipótese mais provável das três.

Essa solução, não se aplica, no entanto, para o contrato do empregado que for designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, e que tenha ciência expressa dessa transitoriedade e receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial. Nesse caso, assim como nas demais hipóteses de transferência provisória que se possa imaginar, aplicar-se-á a legislação brasileira para o teletrabalho prestado no exterior. É preciso, contudo, reconhecer que em situações como a do trabalho noturno, embora a norma de incidência seja a brasileira, tanto para definição do percentual do adicional quanto para a determinação do horário em que determinada prestação de serviço começou a ser considerada noturna (no caso 22:00 horas), a verificação física é a do local em que o teletrabalhador estiver.

Em outras palavras, se determinado teletrabalhador prestar serviços para empregador no Brasil a partir da cidade de Nantes, na França, onde em determinadas épocas do ano o horário difere do de Brasília em cinco horas, das 22:00 às 23:00 horas do local da prestação de serviços, fará jus ao adicional de 20% sobre o valor da hora respectiva, ainda que no Brasil ainda fossem 17:00 horas e ainda que o adicional noturno francês fosse menor do que o brasileiro. Nessa hipótese considerar-se-á a estipulação de horário noturno feita na legislação brasileira, mas levar-se-á em consideração, no momento da incidência dessa lei, o fuso horário francês e não o brasileiro.

Considerações Finais

A tecnologia se manifesta no plano dos processos produtivos de forma positiva ou negativa para os trabalhadores, assegurando-lhes melhorias ou piorando suas condições de vida e de trabalho. O efeito benéfico ou maléfico depende muito mais da opção do legislador em adaptar as normas aos novos mecanismos e do esforço hermenêutico dos operadores do direito do que propriamente da tecnologia, seja ela qual for.

Quando a norma que disciplina essa questão se apresenta demasiadamente sintética, como se verifica no caso da Lei nº 12.551/11, cabe aos intérpretes encontrar soluções hexagéticas que permitam retirar dela algum progresso social. Dentro dessa perspectiva é forçoso reconhecer que a alteração inserida no corpo do art. 6º da CLT não visou apenas assegurar o reconhecimento do vínculo empregatício do teletrabalhador, o que já vinha sendo feito pelos juízos trabalhistas, mas, sobretudo, que ela assegurou proteção contra a hiperexploração de seu trabalho, notadamente no que diz respeito à imposição de limites para o horário das cobranças de tarefas por meios telemáticos. Dentro desta perspectiva agiu bem o Tribunal Superior do Trabalho ao editar verbete em que evidencia que encontra-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. É preciso ter claro, contudo, que se o empregador mantiver contato pelo celular com o trabalhador fora da jornada de trabalho, o tempo de duração do contato não deverá ser pago como de sobreaviso (1/3 do valor da hora normal), mas como de efetiva prestação de serviços por "meio telemático e informatizado de comando, controle e supervisão" em sobrejornada. Esse tempo deverá, portanto, ser pago como de serviço efetivamente prestado acrescido, naturalmente, do adicional de horas extras, e, conforme o caso, do adicional noturno.

Para que a Lei nº 12.551 tenha efetivamente o efeito inibidor da excessiva e inadequada utilização da mão de obra do empregado fora de seus horários de trabalho é forçoso que se passe a reconhecer aos e-mails valor probatório também quanto ao horário de trabalho, a partir do registro que neles fica e também que se passe a reconhecer que também em matéria de teletrabalho o ordinário, quando provada a prestação de serviços, é presumir a relação de emprego, sendo o trabalho autônomo extraordinário.

Enfim, é crucial que se interprete a nova legislação de forma a impedir o uso dos meios telemáticos para hiperexploração do trabalhador, evitando com isso que a possibilidade de feitura de trabalho a partir de sua própria residência (ou de outro local distante dos olhos do empregador/ superior hierárquico), sendo, para o trabalhador, sua liberdade, não se torne sua escravidão.

Notas

(1) WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho*: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 32.

(2) GARCIA, Balmes Vega. *Direito e tecnologia*: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação. São Paulo: LTr, 2008. p. 30.

(3) MORAES FILHO, Evaristo. *Trabalho a domicílio* e contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 1994. p. 41.

(4) Recomenda-se aqui a leitura de dois relevantes escritos sobre o tema, cujas referências são as seguintes: MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, p. 91-115, 2006; CALVET, Otávio. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

(5) FRAGA, Érica. *E-mail* e celular estendem jornada de trabalho para casa e até as férias: expansão da economia e promoções ajudam a explicar o aumento da carga horária, aponta pesquisa. *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10.

(6) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho, volume I: Parte I, p. 39. Bastante interessante a este respeito é a constatação da publicitária Júlia Eboli, coordenadora de Marketing da Teclia Internet, que confessou, ao indagada para elaboração de matéria da Folha de São Paulo, olhar *e-mail* em casa, andando na rua, no restaurante e

arrematou afirmando: "Parece que o trabalho não me deixa" (FRAGA, Érica. E-mail e celular estendem jornada de trabalho para casa e até as férias: expansão da economia e promoções ajudam a explicar o aumento da carga horária, aponta pesquisa. Folha de São Paulo, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10).

(7)MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho*: teoria geral do direito do trabalho, volume I: Parte I, p. 39.

(8)CASTRO, Antonio Escosteguy. *Trabalho, tecnologia e globalização*. São Paulo: LTr, 2006. p. 60.

(9)OJ-SD11-273 "TELEMARKETING". OPERADORES. ART. 227 DA CLT. INAPLICÁVEL (cancelada) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televidas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função.

(10)A redação anterior assim dispunha: "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".

(11)Carlos Eduardo Dantas Costa afirmou que "A nova lei não trará desdobramentos efetivos, uma vez que o conceito de jornada de trabalho permanece inalterado. Isso porque se trata de tempo do empregado à disposição do empregador, independentemente do local em que aquele estiver". Alan Balaban Sasson, por sua vez, afirmou que: "O art. 6º dispõe que, para o reconhecimento do teletrabalho, é obrigatória a existência dos pressupostos da relação de emprego. Ou seja, a subordinação, a onerosidade, a pessoalidade e a habitualidade. Esses requisitos são os mesmos da relação de emprego e que já estavam sedimentados na CLT e nas jurisprudências. Assim, não existe nenhuma inovação". Afirmações disponíveis na *home page*: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=28915&sid=57>>. Acesso em: 19 jan. 2011.

(12)MADALOZZO, Regina. Análise: Ficou mais difícil determinar a hora do lazer e a hora do trabalho. *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10.

(13)WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho*: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 32.

(14)MADALOZZO, Regina. Análise: Ficou mais difícil determinar a hora do lazer e a hora do trabalho. *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10.

(15)FRAGA, Érica. E-mail e celular estendem jornada de trabalho para casa e até as férias: expansão da economia e promoções ajudam a explicar o aumento da carga horária, aponta pesquisa. *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10.

(16)*Idem, ibidem*.

(17)FRAGA, Érica; BORLINA FILHO, Venceslau. Afastamentos por doenças mentais disparam no país: depressão e estresse ligados ao trabalho levam a afastamento pelo INSS. *Folha de São Paulo*, sexta-feira, 25 de novembro de 2011, B6.

(18)*Idem, ibidem*.

(19)*Idem, ibidem*.

(20)FRAGA, Érica. E-mail e celular estendem jornada de trabalho para casa e até as férias: cansaço e estresse são consequências. *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, B10.

(21)*Idem, ibidem*.

(22)EDITORIAL. *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 28 de novembro de 2011, A2.

(23)*Idem, ibidem*.

(24)*Idem, ibidem*.

(25)WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho*: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 32.

(26)OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Comentários aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 200.

(27)Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home? p_p_auth=w7RU2tN&p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=419123&_15_v> Acesso em: 19 jan. 2012.

(28)*Idem, ibidem*.

(29)FUSCO, Camila; MATOS, Carolina. Lei não eleva hora extra, dizem empresas: companhias com trabalho remoto afirmam que carga horária fora do escritório é contabilizada por funcionários. *Folha de São Paulo*, sexta-feira 13 de janeiro de 2012, B3.

(30)Horas Extras.O deferimento da condenação em horas extras depende, conforme afirmação corrente, de prova robusta.Examinando os documentos colacionados pelo recorrente para comprovação do alegado, vê-se que os de fls. 65/76 consistem em e-mails supostamente enviados pelo recorrente durante e pelo trabalho. Independente da prova da autenticidade de tais mensagens, a hora do envio das mesmas não é prova suficiente da sobrejornada, eis que passível de atestar apenas a presença do recorrente naquele horário na empresa, o que não significa que tenha ele, naquele dia, laborado acima da quantidade de horas fixada pela legislação.Quanto à prova testemunhal, tenho que a mesma não foi suficiente para a configuração da jornada extraordinária. De início, é do próprio depoimento do recorrente que se extrai a ideia de liberdade na fixação do horário de trabalho. De fato, o recorrente, além de realizar atividades externas, não tinha sua jornada registrada. As testemunhas ouvidas foram pródigas em consubstanciar a tese da parte que as convidou. Entretanto, soou contraditório o depoimento da primeira testemunha do recorrente (fls. 427/428). Conforme admitido pelo próprio recorrente (fls. 478/479), referida testemunha não trabalhava no espaço interno da agência, visitando-a com frequência mensal. A despeito de tal circunstância, afirmou a testemunha ser costume do recorrente o prolongamento da jornada em duas horas. Não se mostra razoável que alguém que comparecesse à agência mensalmente soubesse os horários de entrada e saída dos empregados.Tamanha dissonância, a meu sentir, é suficiente para impedir a caracterização da veemência probatória, imprescindível na espécie.Se cabia ao recorrente o ônus de tal prova e dele não se desfez, tal qual concluiu o juízo de origem, não merece provimento o apelo. RO 2064003820055070006 CE 0206400-3820055070006. TRT da 7ª Região, 2ª Turma. Relator(a): Claudio Soares Pires. Julgamento proferido em 07.04.08 e publicado em 29.04.08 no DOJTe 7ª Região).

(31)Com o intuito de provar a extrapolação do horário de saída, o Reclamante juntou aos autos cópias de e-mails por ele enviados ao final de sua jornada (fls. 119/170). Essa prova, todavia, não é consistente. Como cediço, os e-mails podem ser enviados de qualquer computador conectado à rede mundial, independentemente do comparecimento do laborista à empresa ao final da jornada. Da mesma sorte, pode o obreiro observar um intervalo significativo entre o término do labor e o envio da referida correspondência eletrônica. Por conseguinte, mister se faz a análise da prova oral. (TRT da 10ª Região, 3ª Turma. Processo 01108-2003-010-10-00-3. Relator Desembargador Braz Henriques de Oliveira, Decisão proferida em 22.10.08 e publicada em 07.11.08.

(32)Um bom exemplo é o seguinte verbete lavrado pelo TRT da 14ª Região: "Apesar de o recorrido não ter registrado nas folhas de frequência todas as jornadas extraordinárias, os e-mails anexados aos autos apontam para a ocorrência de sobrelabor, sem a devida contraprestação. A título de exemplo, cita-se a correspondência eletrônica à fl. 20, na qual o reclamante comunica a realização de horas extras nos dias 21, 28 e 31-10-2006 e 02, 04 e 11-11-2006, mas os contracheques dos meses de novembro e dezembro/2006 (fls. 278-279) não contemplam esse pagamento e também não há prova de compensação de horário." (TRT da 14ª Região, 2ª Turma. Processo 00969.2007.004.14.00. Relatora Juíza Socorro Miranda)