

I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

**AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DO
TRABALHO E DO PROCESSO DO TRABALHO
PELAS TECNOLOGIAS**

A797

As transformações do direito do trabalho e do processo do trabalho pelas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito – Belo Horizonte;

Coordenadores: Raquel Betty de Castro Pimenta, Thiago Loures Machado Moura Monteiro, Pablani Cristina Santos Gontijo Matina – Belo Horizonte, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-656-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI

1. Direito. 2. Tecnologia. 3. Direito do trabalho. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34



I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO E DO PROCESSO DO TRABALHO PELAS TECNOLOGIAS

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos os trabalhos científicos incluídos nesta publicação, que foram apresentados durante o I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito nos dias 14 e 15 de junho de 2018. As atividades ocorreram nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, e tiveram inspiração no tema geral “O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI”.

O evento foi uma realização do Programa RECAJ-UFMG – Solução de Conflitos e Acesso à Justiça da Faculdade de Direito da UFMG em parceria com o Direito Integral da Escola Superior Dom Helder Câmara. Foram apoiadores: o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, EMGE – Escola de Engenharia, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI e o Projeto Startup Dom.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito, oriundos de dez Estados diferentes da Federação, puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Foram debatidos os desafios que as linhas de pesquisa enfrentam no tocante ao estudo do Direito e sua relação com a tecnologia nas mais diversas searas jurídicas.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, e, principalmente, pesquisas oriundas dos programas de iniciação científica, isto é, trabalhos realizados por graduandos em Direito e seus orientadores. Os trabalhos foram rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares no sistema eletrônico desenvolvido pelo CONPEDI. Desta forma, estão inseridos no universo das 350 (trezentas e cinquenta) pesquisas do evento ora publicadas, que guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

A INTRUSÃO TELEMÁTICA DO PODER EMPREGATÍCIO NO TELETRABALHO

TELEMATICS INTRUSION OF EMPLOYMENT POWER IN TELEWORK

Angela Barbosa Franco

Resumo

Este artigo teve como objetivo evidenciar a equívoca exclusão do teletrabalhador das regras que tutelam a duração do contrato de trabalho, assim como ressaltar que o controle exercido pelo tomador de serviços, apesar de não presencial, permite o monitoramento ou o conhecimento de informações pessoais que colocam em risco a intimidade do empregado. Com base nisso, utiliza, como referencial analítico, os princípios constitucionais pautados na centralidade da pessoa humana, para realizar uma interpretação sistemática, lógica e dedutiva do artigo 62 da CLT, bem como para defender a limitação ao poder intraempresarial na utilização dos meios telemáticos.

Palavras-chave: Limites ao controle telemático, Ônus do empregador, Preservação da intimidade e da vida privada do trabalhador, Presunção de controle da jornada, Trabalho a distância

Abstract/Resumen/Résumé

This article highlights the misleading exclusion of the teleworker from the rules that protect the employment contract duration and emphasizes the control exercised by the employer. Despite not being present, allowing the monitoring or the knowledge of personal information endangering the employee's privacy. In light of this, this study uses as analytical reference, constitutional principles on the centrality of the individual, to perform a systematic, logical and deductive interpretation of CLT article 62, and to defend limiting intra-company power in the use of telematics as a means of supervising services provided.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Distance work, Employer's burden, Employee's privacy preservation, Presumption of control of work hours, Limits to telematics control

1. Introdução

A era digital proporciona, ao empregador, múltiplos mecanismos de controle eletrônico, que se tornam fundamentais para a gestão empresarial, o aumento da produtividade e a maximização dos lucros.

As tecnologias de informação e de comunicação, principalmente a *internet*, representam ferramentas importantes para o tomador de serviços acessar a todo o tipo de conhecimento que lhe seja útil na relação laboral. Viabilizam um controle igual ou até mais intrusivo em comparação ao que é realizado presencialmente pelo empregador. Em virtude dessa realidade, este estudo asseverou uma vertente diversa ao que o art. 62, *caput*, da CLT, proveniente da Lei nº. 13.467/17, preceitua para os teletrabalhadores, por excluí-los das regras de duração do contrato de trabalho.

A reprimenda à inserção do inciso III, no artigo 62, da CLT baseia-se nas facilidades que os atuais meios telemáticos possibilitam ao empregador, de maneira diversificada, aferir com precisão o tempo de exposição do empregado ao trabalho e a sua produtividade. Dessa forma, a ausência de controle não pode constituir uma presunção de normalidade e sim uma excepcionalidade.

Outra questão relevante e adstrita à prestabilidade dos recursos da telecomunicação e da informática é o limite do aproveitamento desses como mecanismos decorrentes do poder empregatício, ou seja, da prerrogativa do tomador de serviços de fiscalizar a dinâmica laborativa. Quanto a isso, não se pode ignorar que os recursos tecnológicos permitem o monitoramento ou o conhecimento de informações pessoais e, por isso, colocam em risco a intimidade e a vida privada do empregado.

Com base nessas inquietações, este artigo teve como objetivo evidenciar a equívoca inserção do teletrabalhador no art. 62 da CLT, bem como a necessidade de reconhecer limites ao poder de controle e vigilância adstrito ao empregador. A era digital possibilita, de maneira visível, um estreitamento entre a vida profissional e pessoal, na medida em que os teletrabalhadores podem estar permanentemente acessíveis em tempo real e suas ações armazenadas ou memorizadas pela máquina, mesmo quando não executam atividades laborativas.

Diante disso, defendeu-se a inaplicabilidade literal do art. 62, III, da CLT caso não comprovada pelo empregador a plena liberdade do empregado para definir quanto, onde e quando pretende executar o labor. Ademais, asseverou-se que o poder intraempresarial não é

ilimitado e não pode atuar de maneira intrusiva e ilegítima na intimidade e na vida privada da classe teletrabalhadora.

A metodologia de pesquisa pautou-se nos princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na vida real e no Direito, para realizar uma interpretação sistemática, lógica e dedutiva, a fim de afirmar os direitos sociais do teletrabalhador e a sua dignidade.

2. As facilidades tecnológicas de controle da jornada do teletrabalhador

Os empregados em regime de teletrabalho têm liberdade para laborar em distintos lugares do mundo. O uso de tecnologias da informação e da comunicação possibilita ao trabalhador o cumprimento de tarefas laborativas, executadas com presteza e a qualquer momento, fora da fiscalização presencial do empregador.

Essa modalidade de prestação de serviços proporciona à empresa inúmeras vantagens, tais como a contratação de empregados sem ter que ofertar um espaço físico na empresa e a isenção dos ônus inerentes à sua manutenção. A variedade de mecanismos disponibilizados pela era digital para a gestão da empresa e a supervisão de trabalhadores a distância é acessível e fundamental diante de um mercado globalizado.

A diversidade de meios para monitoramento como “web câmera, intranet, intercomunicador, telerrádio, telefone, GPS, localizador ou radar, estipulação de um número mínimo de tarefas diárias etc., contador de palavras e toques nas teclas dos computadores etc” (CASSAR, 2010, p. 188) são exemplos notórios de fiscalização direta do obreiro, apesar do serviço ser executado remotamente. Diante disso, questiona-se o tratamento dado pela Reforma Trabalhista, Lei nº. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), aos teletrabalhadores. Apesar do sortimento de instrumentos informatizados de fiscalização do labor a distância, a atual legislação trabalhista, no art. 62, III, da CLT (BRASIL, 2017), exclui teletrabalhador das regras concernentes à duração do trabalho e, por conseguinte, não estende a essa categoria especial, direitos como adicional de hora extra, adicional noturno, bem como os intervalos intrajornada e interjornada.

Se a relação de emprego se perfaz, os direitos elencados no art. 7º da Carta Máxima (BRASIL, 1988) estendem-se ao teletrabalhador. Não há fundamentos para se presumir uma excepcionalidade, ou seja, a supressão de direitos sociais fundamentais e indisponíveis como o pagamento da hora noturna superior à diurna e da extrapolção da jornada legal. Dar tratamento excetivo à classe teletrabalhadora apenas se justifica em circunstâncias nas quais o empregado verdadeiramente ostenta liberdade para executar os compromissos provenientes do contrato.

As hipóteses aventadas pelo art. 62 da CLT (BRASIL, 2017) sugerem ao intérprete uma presunção relativa, passível de prova em contrário, que não há qualquer tipo de controle ou fiscalização do trabalho por parte do empregador. Contudo, entende-se que o inciso III é equivocadamente inserido ao artigo 62 (BRASIL, 2017), pois não representa a realidade vivenciada por muitos teletrabalhadores no âmbito da relação de emprego.

Da forma como o citado dispositivo legal encontra-se positivado, a prova de que não há um efetivo controle da jornada pelo empregador “tem que ser realizada pelo autor da ação trabalhista – o empregado –, em face da presunção jurídica estipulada pela CLT” (DELGADO e DELGADO, 2017, p. 138). Todavia, a lógica interpretativa que se deve prosperar, diante dos múltiplos meios de controle tecnológicos, é que esses efetivamente mensuram o tempo à disposição para o labor. Afinal, identificam e fiscalizam o teletrabalhador de maneira até mais precisa em comparação a um empregado que labora dentro do espaço físico do empregador.

Em vista dessa realidade, o teletrabalhador não pode ficar adstrito à dedução que o trabalho a distância pressupõe ausência de vigilância de jornada e, como parte hipossuficiente da relação de emprego, o ônus probatório de ausência de controle da jornada laborativa, bem como a liberdade do trabalhador em gerir seu tempo laborado, devem ser do empregador.

Assim, se o inciso III, do art. 62 da CLT (BRASIL, 2017), está vinculado à determinação prevista no *caput* de supressão das normas protetoras da duração do trabalho, compete ao Poder Judiciário Trabalhista, com fulcro no art. 818, §1º, da CLT (BRASIL, 2017), incumbir ao tomador de serviços o encargo de comprovar a ausência de controle. A razoável inversão do ônus da prova decorre de uma coerência entre a forma como os meios telemáticos permitem o controle do trabalho e o tratamento legal, de cunho constitucional, que se deve aplicar isonomicamente a todo trabalhador que tem a jornada fiscalizada.

3. A violação à intimidade e à vida privada do teletrabalhador

Ao mesmo tempo em que a informática popularmente se dissemina e representa um grande contributo para facilitar a relação laboral, visto poupar tempo e dinheiro, ela torna a privacidade do trabalhador mais vulnerável.

A *internet* permite que o controle do empregador seja cada vez mais invasivo na vida dos trabalhadores. Quando é utilizada, deixa vestígios de quem acessou, quando e o que foi executado e, assim, o tomador de serviço pode reunir informações precisas dos hábitos e do cotidiano de seus subordinados. Dessa forma, é capaz não apenas de mensurar o tempo à disposição do empregador, mas também conhecer a intimidade do trabalhador, suas

preferências em amplos aspectos, ou seja, sua forma de pensar e, inclusive, o que pretende em relação ao seu futuro laborativo. (MOREIRA, 2016a).

Em virtude dessa efetiva possibilidade de usurpação da privacidade, torna-se razoável a limitação do acesso ou da utilização dos dados pessoais dos trabalhadores pelo empregador, sem deixar de conciliar os interesses contrapostos presentes na relação de emprego. Sob um ponto de vista, o empregador, como responsável pelos atos de seus empregados e com o intuito de proteção do empreendimento, pode protestar seu direito de propriedade e, por isso, fiscalizar seus subordinados. Sob outra perspectiva, a intrusão à privacidade do trabalhador, facilitada pelos meios tecnológicos, é uma realidade que não pode se sobrepor à dignidade do trabalhador. Consideram-se condutas ilegítimas tanto o fato de atos pessoais do empregado, atados à sua vida íntima, serem observados pelo empregador, quanto o uso de instrumentos de coleta personalizada de informações do empregado, em especial, quando adquiridas clandestinamente. (MOREIRA, 2016b).

A classe patronal, investida de poder intraempresarial, tem a prerrogativa de dirigir, regulamentar, fiscalizar e disciplinar o cotidiano laborativo (DELGADO, 2018). Todavia, esse poder necessita ser contingenciado. Como exemplo, cita-se o *caput* do art. 5º do texto da Carta Maior (BRASIL, 1988, *online*), que impõe a igualdade de todos perante a lei e repudia condutas que venham agredir ou cercear “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. De maneira incisiva, o art. 5º, X, do mesmo diploma normativo (BRASIL, 1988), declara invioláveis a intimidade e a vida privada e assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito de fiscalizar funda-se no direito de propriedade, natural do empregador, decorrente de sua livre iniciativa e inerente ao contrato de trabalho; afinal, o tomador de serviços é quem organiza e assume os riscos do empreendimento. Nesse aspecto, é interessante asseverar que, se por um lado, as novas tecnologias de informação facilitam a comunicação e a gestão como vitais ferramentas nas relações de trabalho, sob outra ótica, apresentam, também, desvantagens para o próprio empregador em decorrência dos riscos das navegações realizadas pelos empregados em sites vulneráveis ou, por exemplo, a utilização da USB para acessar dados que se leva de casa para o trabalho. A segurança é uma das questões que a classe patronal justifica a necessidade de fiscalização. Entretanto, isso pode ser contornado quando a empresa adota condutas para proteger sua rede e sua estrutura de ataques externos com a utilização de programas antivírus atualizados e a realização corriqueira de *backups*. (MOREIRA, 2016a).

Não se pode deixar de asseverar que há mecanismos para controlar os meios telemáticos sem violar a privacidade dos trabalhadores, como delimitar as quotas de disco,

adotar sistemas de alarme e registro de tentativas de intrusão no site da empresa, inserir *anti-cookies* e as *firewalls* (GUERRA, 2004). Em vista disso, mesmo diante do direito de propriedade e da livre iniciativa do empregador, este não pode se sobrepor ou ser priorizado em detrimento à intimidade e à vida privada dos empregados.

4. A aplicabilidade das normas celetistas do teletrabalho em harmonia com os preceitos constitucionais do trabalho digno

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) evidencia princípios com efeitos normativos que atuam no campo do Direito do Trabalho e estabelecem comandos insuperáveis a serem identificados e respeitados pela hermenêutica jurídica. Para Delgado e Delgado (2017, p. 33), esses princípios “são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica”.

Com base nisso, o direito de inviolabilidade à intimidade e à vida privada, indicado no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), do Título II, da Carta Maior (BRASIL, 1988), é preceito fundamental da pessoa humana, extensível ao trabalhador. No que concerne ao teletrabalho, esse preceito é um importante instrumento de civilização para coibir o uso dos meios telemáticos de forma intrusiva e desrespeitosa à pessoa do trabalhador.

O teletrabalho, como espécie de relação de emprego, é formalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, a Lei nº. 13.467/17 (BRASIL, 2017) lhe atribui vários dispositivos reguladores. Entretanto, nenhum deles dispõe de direitos específicos ou determina um contingenciamento ao poder fiscalizatório do empregador através do uso de tecnologias (DELGADO, 2017). A inovação da Reforma Trabalhista, em dissonância com os preceitos constitucionais norteadores do Direito do Trabalho, determina um tratamento desigual e excludente ao teletrabalhador, ao dispor, expressamente, que ele não se encontra tutelado pelas regras de duração do trabalho.

Em análise às facilidades disponibilizadas pela era digital para a execução das atividades laborais, o princípio da primazia da realidade sobre a forma pode atuar como um comando norteador da identificação do teletrabalhador e de sua subordinação perante o tomador de serviços. Dessa forma, não se pode adotar uma interpretação meramente gramatical das normas relativas ao teletrabalho, muito menos considerar apenas o que está explícito no contrato. “Isto significa que, em matéria trabalhista, importa o que ocorre na prática mais do

que as partes pactuarem, em forma mais ou menos solene ou expressa, ou que se insere em documentos, formulários e instrumentos de contrato” (RODRIGUEZ, 1978, p. 53).

A presunção de que o regime de teletrabalho decorre da ausência de controle do empregador necessita de análise fática. Identificada a relação de emprego, independente de como o contrato esteja formalizado, o intérprete deve se atentar para os meios telemáticos utilizados pelas partes na dinâmica laboral. Precisa, também, averiguar em que medida permite o empregador uma efetiva noção do tempo à disposição do empregado para o trabalho, bem como a intervenção ou determinação de quando o labor deve ser prestado. Mais grave ainda é a identificação de uma fiscalização por parte do tomador de serviços que transcenda às naturais prerrogativas do poder intraempresarial, por permitir o conhecimento de características pessoais do trabalhador. Quando o empregador remotamente investiga os sites visitados pelo teletrabalhador, suas pesquisas e opções na web, ou tem acesso aos seus perfis, ele passa a conhecer as opções políticas, religiosas, sexuais e o ambiente familiar do empregado. Tal conduta desvela total afronta à intimidade e à vida privada do trabalhador. (MOREIRA, 2016a).

Perante a era digital e a flexibilidade das relações laborais, existem trabalhadores com horários maleáveis, mas não se pode simplesmente presumir, ainda que relativamente, a ausência de controle da jornada. Conforme já elucidado, os mecanismos para controle e fiscalização ofertados pela telemática são tão intrusivos e precisos que admitem aferir a jornada de trabalho, mesmo que não seja o intuito primordial do empregador fazê-lo.

Os operadores do direito devem se atentar para essa realidade e para os princípios norteadores do Direito do Trabalho. Prelecionam Delgado e Delgado (2017) que não se pode negligenciar os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana.

O jurista precisa ser prudente para não adotar a literalidade do art. 62, *caput*, da CLT (BRASIL, 2017), sob pena de destroçar direta ou indiretamente o cabedal constitucional de proteção à saúde e à segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas, bem como a tutela da privacidade.

5. Considerações finais

Para se atribuir ao teletrabalho a excepcionalidade do comando normativo do art. 62, *caput*, da CLT, cabe ao empregador demonstrar que o teletrabalhador verdadeiramente ostenta ampla liberdade para deliberar sua jornada. Caso contrário, a ele se aplica toda a normatização celetista adstrita à duração do contrato de trabalho.

Se por um lado a tecnologia permite ao empregador o controle da prestação de serviços para tutelar seu direito de propriedade e da livre iniciativa, por outro torna-se cada vez mais intrusiva na vida do trabalhador. A normatização celetista atinente ao teletrabalho não pode permitir a emergência do poder econômico na relação de trabalho em detrimento da intimidade e da vida privada dos empregados.

Portanto, não se pode atribuir efetividade às regras do teletrabalho, advindas da Lei 13.467/17, que não se harmonizem ao cabedal constitucional de proteção à dignidade no trabalho.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

GUERRA, Amadeu. **A privacidade no local de trabalho**. As novas tecnologias e o controle dos trabalhadores através dos sistemas automatizados. Uma abordagem ao código do trabalho. Coimbra: Almedina, 2004.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da *Internet*. In: **Estudos de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2016a.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. The Electronic Control of the Employer in Portugal. In: **Labour & Law Issues**. V. 2, n. 1, 2016b. Disponível em: <<https://labourlaw.unibo.it/article/view/6009/5792>>. Acesso em 17 abr. 2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.