

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MARIA GABRIELA STEIGER ANDRADE

**O ÔNUS DA PROVA QUANTO ÀS HORAS EXTRAS
NO TELETRABALHO**

**Juiz de Fora
2022**

MARIA GABRIELA STEIGER ANDRADE

**O ÔNUS DA PROVA QUANTO ÀS HORAS EXTRAS
NO TELETRABALHO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito, na área de concentração Direito Processual do Trabalho, sob orientação do Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2022

Maria Gabriela Steiger Andrade

O ônus da prova quanto às horas extras no teletrabalho

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 16 de fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles – Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Karen Artur
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Marcelo Gouvêa Almeida Martins
Faculdade de Miguel Pereira

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, por me proporcionarem as melhores oportunidades, por todo o apoio, pelas lições de vida e por nunca deixarem faltar amor e carinho. O que eu sou hoje é reflexo da criação que tive de muito afeto, amizade e respeito.

Agradeço também ao Matheus, meu companheiro de jornada, que além de me incentivar a buscar pelo melhor e acreditar em mim, esteve sempre ao meu lado em todas as conquistas e nos momentos difíceis. Agradeço por me encorajar e por me ensinar todos os dias sobre amor, parceria e cumplicidade.

Um agradecimento especial aos meus mestres, que além de transmitirem tantos ensinamentos, também são exemplos de profissionais. Ao professor Flávio Bellini de Oliveira Salles, em destaque, que me deu a oportunidade de ter não só o aprendizado da teoria do Direito Processual do Trabalho, como também da prática, o que me engrandeceu como profissional e fez com que este trabalho fluísse de forma mais leve com a sua orientação.

Agradeço aos meus familiares e amigos, que nunca mediram esforços para me acompanhar em todos os meus caminhos. Por fim, à Universidade Federal de Juiz de Fora, lugar que além de ter sido fonte de conhecimento, foi também onde pude ter maior noção de coletividade, conhecer novas pessoas e ter contato com diferentes realidades. Em especial, à Diretoria de Relações Internacionais, em que tive contato com diversas culturas e responsabilidades, e à Colucci Consultoria Jurídica Júnior, onde pude, pela primeira vez, ver o Direito na prática.

“Você pode sonhar, criar, desenhar e construir o lugar mais maravilhoso do mundo. Mas é necessário ter pessoas para transformar seu sonho em realidade.”

Walt Disney

RESUMO

O presente artigo trata do tema do ônus da prova quanto às horas extras no teletrabalho, quando há efetivo controle de jornada. A pesquisa teve por objetivo uma análise da distribuição do ônus da prova nos casos em que o empregado em teletrabalho tem sua jornada laboral controlada pelo patrão, visando a afastar a impossibilidade de pagamento de sobrejornada, contrariamente ao que enuncia o art. 62, III, da CLT. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e a revisão literária, bem como a jurisprudencial. Entende-se que imputar ao teletrabalhador o encargo de provar que sua jornada de trabalho é controlada para fins de obtenção de pagamento de horas extras significa ignorar a hipossuficiência do empregado e suprimir direitos trabalhistas, sem considerar a possibilidade de inversão do ônus da prova de que cogita o art. 818 da CLT. Chegou-se à conclusão de que a ausência de atualização da legislação quanto aos meios tecnológicos de controle de trabalho à distância resulta em decisões controversas acerca do recebimento de horas extras por teletrabalhadores, devendo ser buscada a adequação daquela, visando à segurança jurídica e à observância dos princípios trabalhistas, notadamente o da proteção, o da norma mais favorável e o da primazia da realidade.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Teletrabalho. Controle de Jornada. Horas Extras. Ônus da Prova. Reforma Trabalhista. Insegurança Jurídica.

ABSTRACT

The present article deals with the theme of the burden of proof regarding overtime in telework in cases of effective control of working hours. The research aimed to analyze the distribution of the burden of proof in cases that the telework employee has his work hours controlled by the employer, moving away the impossibility of paying overtime, contrary to what is stated in the article 62, III, of Consolidation of Labor Laws. For that, the deductive method and the literature review, as well as the jurisprudence, were used. It is understood that charging the telework employee with the burden of proving that his work hours are controlled with the purpose of obtaining overtime payment means disregarding the employee's lack of sufficiency and suppressing labor rights, without considering the possibility of reversing the burden of proof that consider the article 818 of the CLT. It was concluded that the lack of legislation updating regarding the technological means of remote labor control results in controversial decisions about the receipt of overtime by telework employees, and its adequacy should be sought aiming legal certainty and the respect of labor principles, such as the principle of protection, principle of the most favorable norm and principle of the primacy of reality.

Keywords: Labor Law. Telework. Control of Working Hours. Overtime. Burden of Proof. Labor Reform. Legal Uncertainty.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	9
2. Teletrabalho e seu histórico no Brasil	11
3. O ônus da prova no processo do trabalho até a Reforma Trabalhista.....	13
4. A presunção relativa do inciso III do art. 62 da CLT.....	15
5. O controle de jornada no teletrabalho e a possibilidade de aferição de horas extras	17
6. O ônus da prova quanto ao efetivo controle de jornada no teletrabalho e as horas extras prestadas.....	19
7. A vulnerabilidade probatória do empregado hipossuficiente quanto ao controle de jornada em teletrabalho para fins de horas extras e a insegurança jurídica	23
8. Considerações finais.....	27
REFERÊNCIAS	29

1. Introdução

O recente contexto da pandemia de COVID-19 trouxe grandes mudanças para a sociedade em termos globais. Entre as alterações mais presentes no cotidiano durante esse período pode-se destacar o teletrabalho.

Mas antes do trabalho à distância ter se destacado em razão das medidas de segurança sanitárias, a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras já discutiam as situações fáticas derivadas dessa modalidade, que se diferenciam do trabalho presencial.

No âmbito legislativo, o teletrabalho foi mais recentemente regulado pela Lei 13.467/17, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista, que dedicou um capítulo exclusivo a esse regime na Consolidação das Leis do Trabalho.

Para além do Capítulo II-A, inserido no Título II da CLT, o legislador pátrio também incluiu os empregados em teletrabalho no rol do artigo 62 da Consolidação, que trata dos trabalhadores não abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II da normativa, qual seja “Da Duração do Trabalho”.

Em outras palavras, os teletrabalhadores foram excluídos do regime de controle de jornada de trabalho, igualando-se aos empregados que exercem atividade externa incompatível com o controle de horário de trabalho, bem como aos exercentes de cargos de gestão, impossibilitando a aferição de eventuais sobrejornadas.

A partir dessa disposição, a doutrina passou a se pronunciar acerca da generalidade da lei quanto a tal exclusão, que, conforme BOSKOVIC e COLLESI (2021, p. 06), não fez a ressalva de que, havendo a menor possibilidade de aferição das jornadas de trabalho dos teletrabalhadores, as horas extras prestadas devem ser devidamente remuneradas, conforme o artigo 7º, XVI, da Constituição Federal.

No mesmo sentido caminha a jurisprudência pátria, que entende que, se as circunstâncias fáticas possibilitarem o controle de jornada do empregado em regime de teletrabalho, através de meios de monitoramento, como o acesso ao sistema da empresa, são devidas eventuais horas extras prestadas, em obediência à Carta Magna, que prevê o limite de quarenta e quatro horas semanais ou oito horas diárias de jornada de trabalho, salvo negociação coletiva.

Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar o ônus da prova nos casos em que há o efetivo controle da jornada de trabalho do empregado em teletrabalho, ante o vácuo legislativo e a dissonância jurisprudencial.

O objetivo é sustentar uma visão crítica acerca da imposição do ônus da prova ao empregado, o que conduz à desconsideração não só da dificuldade probatória do trabalhador quanto ao controle de jornada exercido por seu empregador, como também a dinâmica da inversão desse ônus, que possibilita que recaia sobre quem tem maior facilidade de obtenção da prova.

Nesse sentido, a problemática principal permeia a distribuição do ônus da prova nos casos em que há efetivo controle de jornada do trabalhador em regime de teletrabalho, para fins de remuneração de horas extras, formulando-se a seguinte questão problema: imputar o ônus da prova do controle de jornada do teletrabalhador ao empregado viola os princípios do Direito do Trabalho, ante o vácuo legislativo sobre o tema?

A hipótese a ser trabalhada é a de que deixar a cargo do teletrabalhador provar que há efetivo controle de sua jornada por parte do empregador, para que lhe sejam pagas as horas extras laboradas, é ignorar a hipossuficiência do empregado na relação de trabalho e suprimir direitos trabalhistas a ele conferidos.

A pesquisa foi realizada mediante a utilização do método dedutivo, por meio de revisão bibliográfico-doutrinária, bem como análise jurisprudencial, tendo como marco teórico as obras “A Reforma Trabalhista no Brasil”, de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, e “Teletrabalho: A Possibilidade de Supressão de Direitos Trabalhistas”, de Luiz Augusto Broetto Filho e Pedro Henrique Sanches Aguera.

Dividir-se-á o trabalho em seis partes, tratando a primeira da apresentação do conceito e do histórico do teletrabalho no Brasil e, a segunda, do conceito e da evolução do instituto do ônus da prova no Processo do trabalho brasileiro.

A terceira e a quarta partes cuidarão da possibilidade do direito às horas extras por parte dos trabalhadores em regime de teletrabalho, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 62, III, tenha excluído esses trabalhadores do regime previsto no capítulo referente à duração do trabalho, levando-se em conta a doutrina e a jurisprudência pátrias, que afastam o referido diploma nos casos em que há efetivo controle de jornada por parte dos empregadores.

Em seguida, haverá o exame da dinâmica do ônus da prova imposta pela jurisprudência, para que seja provado o controle de jornada exercido em relação ao empregado em trabalho à distância, de forma a possibilitar a aferição de sobrejornada, analisando-se, de forma crítica, a imposição desse ônus ao trabalhador e as dificuldades encontradas em casos da espécie.

Por fim, desenvolver-se-á a tese acerca da hipossuficiência probatória do trabalhador quanto ao controle de sua jornada laboral exercido pelo empregador e a possibilidade de supressão de direitos trabalhistas que pode resultar da imposição do ônus da prova ao

empregado, registrando-se a necessidade de adequação legislativa ao contexto fático da aferição de horas extras no teletrabalho.

2. Teletrabalho e seu histórico no Brasil

Conforme preceitua a Organização Mundial do Trabalho (OIT), o teletrabalho é a forma de trabalho realizada em um local distante do escritório ou do centro de produção, em que o empregado não mantém contato pessoal com os colegas de trabalho e que implique a utilização de recursos tecnológicos para comunicação.

É termo abrangente, que inclui o *home office*, trabalho realizado em casa, traduzindo a flexibilização que a tecnologia proporcionou aos trabalhadores, no sentido de poderem exercer seu ofício em qualquer local, gozando de vantagens como a otimização do tempo destinado ao trabalho, maior conforto, maior produtividade e economia de gastos, como menciona o Manual do Teletrabalho, elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho (2020, p. 8).

A legislação não mencionava a modalidade de teletrabalho até o advento da Lei n. 12.551/2011, que alterou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, para que passasse a vigorar com a seguinte redação:

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 comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A inovação legislativa deu-se em meio a um cenário de vácuo normativo de uma questão que já estava presente nos tribunais, qual seja, o trabalho à distância. Nesse sentido, a alteração do art. 6º da CLT regulamentou o uso da tecnologia nas relações trabalhistas como forma de controle e supervisão e igualou o trabalho realizado fora das dependências do empregador ao trabalho lá executado, desde que caracterizados os pressupostos da relação de emprego, como já vinha estabelecendo a jurisprudência.

Encerrou-se, desse modo, a discussão acerca da existência ou não da subordinação jurídica no teletrabalho para constituição de relação de emprego, restando explicitado que o uso da tecnologia equivale aos meios pessoais de controle e supervisão do trabalho, em conformidade com a teoria da subordinação estrutural, como mencionam DELGADO, M. e DELGADO, G. (2018, p. 133).

Mas foi somente com a Reforma Trabalhista, isto é, com a Lei n. 13.467/2017, que o teletrabalho foi efetivamente regulamentado por um capítulo exclusivo na CLT, tendo sido conceituado pelo art. 75-B da seguinte forma:

Art. 75-B. 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.

O conceito abarcado pela lei reúne como requisitos para caracterização do teletrabalho a necessidade de ser realizado fora das dependências do empregador e o uso de tecnologias de informação que não constituam trabalho externo, sendo que a modalidade não fica afastada em caso de comparecimento esporádico ao posto de trabalho presencial, para realização de atividades específicas.

Também foi regulada pelo art. 75-C da CLT a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho, autorizando-se a alteração para este regime desde que haja mútuo acordo entre as partes, e do mesmo regime para o regime presencial por determinação do empregador, com necessidade de prazo de transição mínimo de 15 (quinze) dias, em ambas as hipóteses mediante registro em aditivo contratual.

Outro ponto regulamentado pela Reforma Trabalhista relaciona-se aos equipamentos necessários ao labor e às despesas correspondentes, os quais devem, de acordo com o regramento, ser objeto de estipulação contratual acerca da responsabilidade pelos custos e fornecimento, conforme art. 75-D.

Por fim, a lei de 2017 definiu em seu art. 75-E que o empregador é responsável por instruir o empregado em teletrabalho acerca das precauções a serem tomadas para evitar doenças e acidentes de trabalho, cabendo ao empregado assinar termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções que lhe foram fornecidas.

Destaca-se ainda, já fora do Capítulo II-A, específico da modalidade, que a Reforma Trabalhista incluiu os teletrabalhadores na exceção prevista no artigo 62 da CLT, que trata das hipóteses de exclusão do regime de duração do trabalho. Além dos empregados externos e dos gerentes e exercentes de cargos de gestão, os empregados em regime de teletrabalho também não estão, sob a ótica legal, aptos ao controle de jornada, excluindo-se, assim, a possibilidade de aferição de sobrejornada.

Em 2020, contudo, o teletrabalho teve maior destaque em âmbito global, em virtude da pandemia de Covid-19. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 7,9 milhões de pessoas ficaram em trabalho remoto no Brasil em 2020 (Tribunal Superior do Trabalho, 2020, p. 13).

Nesse novo contexto, a Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, permitiu a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho independentemente de acordos individuais ou coletivos, de forma unilateral, com um mínimo de 48 (quarenta e oito) horas de antecedência, restando dispensado o registro prévio da alteração no contrato de trabalho e estendido o teletrabalho a estagiários e aprendizes, que até então não podiam sujeitar-se a este regime.

Apesar de a vigência da Medida Provisória ter se encerrado em 19 de julho do mesmo ano, demonstrou esta a grande utilização da modalidade de trabalho remoto durante a pandemia. Com a maior relevância do teletrabalho, imperiosa a análise de aspectos fáticos do regime que ainda não foram regulamentados, abrindo-se espaço a diferentes interpretações (DELGADO, 2019, p. 1068 a 1070).

3. O ônus da prova no processo do trabalho até a Reforma Trabalhista

Segundo sintetiza LEITE (2018, p. 679), as provas, no âmbito do direito processual, têm como objetivo o convencimento do juiz e dos demais sujeitos do processo sobre as alegações acerca de determinado fato.

No processo do trabalho, assim como no processo civil, é necessário que as partes envolvidas apresentem provas de suas alegações para que o juiz possa apreciá-las e, ao final, decidir conforme seu convencimento.

O ônus da prova constitui esse dever processual que os integrantes da lide têm de provar os fatos alegados na petição inicial, no caso do autor, ou na peça de resistência, no caso do réu.

E o momento para apresentação das comprovações das alegações feitas é a fase de instrução do processo, iniciada após a defesa do réu, conforme dispõe o art. 848 da CLT.

Ainda que de extrema importância para o deslinde da causa, como explicita LEITE (2018, p. 678), o legislador pátrio limitou-se a tratar da fase instrutória no processo do trabalho em poucos artigos, razão pela qual os intérpretes valem-se da lei processual civil como fonte

subsidiária, na forma do art. 769 da Consolidação, que permite a aplicação do direito processual comum ao direito processual do trabalho nos casos omissos.

O uso das sistemáticas probatórias do processo civil no processo do trabalho dá-se não só pela necessidade de preenchimento de lacunas deixadas pelo legislador processual trabalhista, mas também porque foi no âmbito processual civil que a perspectiva legal do ônus da prova sofreu importantes mudanças.

No processo civil, o ônus da prova primeiramente era regulado por uma visão estática, competindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, as do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme analisa GÓES (2021, p. 65). O CPC de 1973 colocava o magistrado como único destinatário da prova, valendo-se da distribuição do ônus da prova como regra procedimental para os casos em que não houvesse provas no processo.

Foi somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que o tema foi inserido no ordenamento jurídico sob a égide da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, que permite ao julgador determinar a qual das partes incumbirá o dever de comprovar os fatos alegados, levando em consideração, neste contexto, a vulnerabilidade do consumidor para apresentar provas que fundamentem seu direito.

O art. 6º, VIII, do CDC cogita expressamente da possibilidade de inversão do ônus da prova, sob os requisitos de que a alegação feita pelo consumidor seja verossímil ou quando ele for hipossuficiente, o que, conforme LEITE (2018, p. 708), normalmente refere-se ao poderio econômico, que faz com que seja mais oneroso à parte autora dispender de meios de comprovar suas alegações, quando, do outro lado, não há qualquer dificuldade em apresentar provas.

Com essa abertura, o Código de Processo Civil de 2015, apesar de manter o ônus da prova em seu sentido estático, ampliou seu conceito em relação à dinamização da sua distribuição (GOÉS, 2021, p. 67), além de ter definido o momento processual para que ocorra eventual inversão, exigindo que o magistrado manifeste-se na fase de saneamento, conforme art. 357, III.

Partindo-se para o processo do trabalho, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) alterou a redação do art. 818 da CLT, adotando a sistemática do Novo CPC ao atribuir ao reclamante o ônus probatório dos fatos constitutivos de seu direito e, ao reclamado, da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, bem como possibilitando a dinamização da sua atribuição diante das peculiaridades da causa ou da impossibilidade ou dificuldade excessiva de uma das partes em cumprir o encargo.

De acordo com o novo art. 818 da CLT, a atribuição do dever probatório de modo diverso somente pode se dar através de decisão fundamentada do juiz da causa, antes da abertura da instrução, em obediência ao princípio da vedação da decisão surpresa, podendo implicar no adiamento da audiência em caso de requerimento da parte, e somente no caso em que a incumbência do encargo não seja impossível ou excessivamente difícil.

Na mesma linha do Código de Defesa do Consumidor, o legislador processual trabalhista admitiu a inversão do ônus da prova baseando-se no requisito da hipossuficiência, econômica e de produção probatória, agora do empregado em relação ao seu empregador, o que em muito se assemelha à relação entre o consumidor e o seu fornecedor (LEITE, 2018, p. 708).

A opção pela moderna teoria da distribuição do ônus da prova, feita pela Reforma Trabalhista, coloca o juiz como gestor das provas, com poderes para avaliar qual das partes tem melhores condições de apresentar comprovações em juízo, como já fazia a jurisprudência desde a década de 1990, aplicando o CDC à sistemática trabalhista, como expõe DELGADO (2018, p. 335).

Dessa forma, o magistrado passou a ter mais poderes para verificar a verdade real no processo, sob a ótica da dinamização do ônus da prova, sem que isso importe em prejuízos às partes.

4. A presunção relativa do inciso III do art. 62 da CLT

Como já mencionado, a Reforma Trabalhista incluiu um novo inciso no art. 62 da CLT, que dispõe acerca dos trabalhadores excluídos das regras da duração do trabalho previstas no Capítulo II do Título II da Consolidação.

O inciso III colocou os empregados em regime de teletrabalho em situação de similitude com os trabalhadores externos, cuja atividade é incompatível com a fixação de horário de trabalho, e com os ocupantes de cargos de gestão, que, por não se sujeitarem às regras de controle de jornada, não têm direito à aferição de horas extras ou intervalos legais. *In verbis*:

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.

Parágrafo único. O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

Como lecionam DELGADO, M. e DELGADO, G. (2018, p. 133), a nova regra, contudo, trata somente de uma presunção jurídica, qual seja, a de que o teletrabalhador não está em situação compatível com o controle de jornada e, por isso, não está apto a receber por horas suplementares, extraordinárias ou equivalentes a intervalos trabalhistas, ante a dificuldade de aferição.

Sustentam os referidos autores que, em se tratando de presunção relativa, a exclusão desses empregados do controle de horários pode ser desconstituída por prova em sentido contrário.

Com efeito, caso não se reconheça que a disposição constante do inciso III do art. 62 da CLT consubstancia uma presunção jurídica, torna-se possível afirmar que o referido dispositivo contraria o art. 6º do mesmo diploma legal, que teve a redação alterada pela Lei n. 12.551/2011, passando a dispor que o trabalho realizado no estabelecimento do empregador não se distingue daquele executado no domicílio do empregado e daquele realizado a distância, desde que caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

O parágrafo único do art. 6º da CLT deixa ainda mais claro que a modalidade de trabalho remoto equivale à presencial ao estabelecer que os meios telemáticos de comando, controle e supervisão se equiparam aos meios diretos de comando para fins de subordinação jurídica.

Dessa forma, como afirmam ROCHA e MUNIZ (2013, p. 105), a própria CLT estabelece que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o realizado à distância, em consonância com o que já era reconhecido pela jurisprudência.

Admitir que o teletrabalhador seja excluído do regime de controle de jornada em toda e qualquer circunstância corresponde a contrariar a própria disposição do art. 6º, já que o empregador não abdica do controle das atividades dos empregados em teletrabalho, somente o realiza através de meios informatizados e/ou telemáticos à sua disposição (ROCHA e MUNIZ, 2013, p. 108).

Não reconhecer a presunção relativa da inclusão dos teletrabalhadores no rol do art. 62 da CLT também poderá resultar no questionamento acerca da constitucionalidade do inciso III, como sustentam MELLO e LEITE (2021, p. 456), uma vez que o art. 7º, XIII, da Constituição Federal prevê regra geral de jornada de trabalho de 44 (quarenta e quatro) horas semanais ou 8 (oito) horas diárias, salvo negociação coletiva, não apresentando nenhuma ressalva quanto aos empregados em teletrabalho.

Portanto, a relativização da exclusão dos trabalhadores à distância do controle de jornada se faz necessária, a fim de que a norma mais recente introduzida pela Reforma Trabalhista não seja contrária à disposição do art. 6º, incluído pela Lei n. 12.551/2011, ou inconstitucional, à luz do art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

5. O controle de jornada no teletrabalho e a possibilidade de aferição de horas extras

Diante da relativização do art. 62, III, da CLT, em prol da necessária observância à limitação constitucional das jornadas de trabalho, insculpida no art. 7º, XIII, da Constituição, e da equivalência entre o trabalho executado nas dependências do empregador e o realizado à distância ou no domicílio do empregado, imposta pelo art. 6º da CLT, vislumbra-se a possibilidade de aferição de horas extras a favor dos teletrabalhadores.

O Manual do Teletrabalho, elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho, admite ser possível o reconhecimento do direito às horas extras se houver meio de controle patronal da jornada (TST, 2020, p. 20).

Isso porque tanto a jurisprudência, quanto a doutrina, passaram a entender que, havendo meios de controle das jornadas de trabalho dos empregados em regime de teletrabalho, haverá o direito à remuneração da sobrejornada, uma vez que a presunção de exclusão desses trabalhadores das regras do Capítulo II do Título II da Consolidação somente pode se dar nos casos em que houver dificuldade de controle de horários.

Conforme BARROS (2009, p. 331), se há conexão direta e permanente por meio de computador entre o trabalhador e o centro de dados da empresa, o empregador pode controlar a execução do trabalho e as tarefas realizadas, assim como aferir o tempo de conexão, o que configura subordinação jurídica plena.

A subordinação no teletrabalho pode se dar através de sistemas de *login/logoff*, contatos telefônicos ou via e-mail, computadores, relatórios ou imposição de metas de atividades.

Nesse sentido, como afirmam ROCHA e MUNIZ (2013, p. 111), é perfeitamente viável a aplicação das normas referentes à jornada de trabalho aos teletrabalhadores, não havendo que se falar em incompatibilidade entre o teletrabalho e as jornadas extraordinárias.

Em resumo, de acordo com BOSKOVIC e COLESSI (2021, p. 64), se, no caso concreto, houver meios de o empregador controlar as jornadas de trabalho do teletrabalhador, serão devidas as eventuais horas extras prestadas.

Isso porque, segundo TEIXEIRA e SERPA (2019, p. 163), o controle exercido pelo patrão em relação ao empregado em regime remoto descaracteriza o próprio teletrabalho e, nos casos em que o contrato de trabalho prevê expressamente a adoção desse regime, pode restar configurado o desvio de finalidade da contratação.

Diante dessa situação, o art. 62, III, da CLT deve ser desconsiderado, ante o princípio da primazia da realidade, para afastar a presunção de impossibilidade de aferição das jornadas de trabalho dos teletrabalhadores, de forma que seja evitado o enriquecimento ilícito do empregador e que este se utilize de fraude trabalhista para deixar de pagar as verbas devidas aos empregados que laboram em sobrejornada.

Salientam SOUZA JÚNIOR, SOUZA, MARANHÃO e AZEVEDO NETO (2018, p. 99) que o teletrabalho não pode servir à exploração do trabalhador, e, por essa razão, a jurisprudência pátria passou a admitir o cômputo de horas extras e horas noturnas nos casos em que há efetivo controle da jornada na modalidade de trabalho à distância. É o que se verifica no seguinte julgado:

“HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República.” (TRT-3 - RO - 0010132-05.2016.5.03.0178, Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, Data de Publicação: 07/03/2017).

Foi nesse sentido também que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho aprovou o Enunciado nº 71 na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho

no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat (2018), que reconhece o direito às horas extras no teletrabalho:

71. TELETRABALHO: HORAS EXTRAS. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, E, G e H protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT (XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Reforma Trabalhista. Enunciados Aprovados. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em 30 nov. 2021).

Portanto, pode-se verificar que, ante a situação fática de efetivo controle de jornada patronal em relação ao teletrabalhador, admitem a doutrina e a jurisprudência pátrias o afastamento da exclusão constante do art. 62 da CLT, que trata da presunção relativa de impossibilidade de aferição das horas de labor dos empregados sujeitos ao teletrabalho. O que passará a ser analisado a seguir é a distribuição do ônus da prova em relação a este controle de jornada exercido no teletrabalho.

6. O ônus da prova quanto ao efetivo controle de jornada no teletrabalho e as horas extras prestadas

Considerando a possibilidade, diante da evolução tecnológica, do controle de jornada dos empregados em regime de teletrabalho e o conseqüente cômputo das horas extras cumpridas por esses trabalhadores, a prática processual trabalhista passou a enfrentar um novo problema: quem detém o ônus de provar que há o efetivo controle de jornada nesses casos?

Como destaca BOUCINHAS FILHO (2012, p. 4), desde o advento da Lei n. 12.551/2011, que pioneiramente mencionou a modalidade de teletrabalho na CLT, equiparando-a ao trabalho presencial para fins de subordinação jurídica, passou a haver a preocupação por parte da doutrina com o ônus da prova nas situações de sobrejornada nesse regime.

Conforme demonstra o autor, a hermenêutica parte da premissa de que o ordinário se presume, enquanto o extraordinário deve ser provado. Nesse viés, como exemplifica, considerando-se demonstrada a prestação de serviços, é encargo do tomador de serviços provar o contrário.

Por meio dessa lógica, aduz BOUCINHAS FILHO que, à luz da equiparação do trabalho remoto ao presencial, feita pelo art. 6º da Consolidação, demonstrada a sobrejornada em teletrabalho, seria ônus do empregador provar o contrário, como fato extraordinário.

Nessa linha, não haveria a necessidade de fazer prova de que o horário de trabalho do empregado estaria sendo controlado à distância pelo seu patrão, por meios telemáticos, cabendo ao reclamante apenas comprovar que laborou em sobrejornada, como qualquer trabalhador em regime presencial, o que poderia fazer mediante a demonstração de envio de e-mails após o fim do horário de labor estipulado, por exemplo.

Assim, ao reclamado incumbiria demonstrar que não houve excesso na jornada de trabalho de seu empregado, exatamente do mesmo modo que ocorre em situações de prestação de serviços na sede da empresa, em respeito à equiparação trazida pela Lei n. 12.551/2011.

Entretanto, diante da inclusão, pela Reforma Trabalhista, dos empregados em teletrabalho no rol do art. 62 da CLT, deixou-se de considerar que a situação de sobrejornada no regime remoto equivaleria ao regime presencial.

Isso porque o inciso III do art. 62 da Consolidação passou a considerar que, por se tratar de trabalho fora das dependências do empregador, o teletrabalho não admitiria o controle de jornada laboral dos empregados, o que impediria o cômputo de eventuais horas extras prestadas.

Nesse sentido, o pleito referente à sobrejornada em teletrabalho passou a necessitar de prova não só das horas excessivamente trabalhadas, mas também de que o trabalho remoto foi submetido a controle patronal por meio de sistemas operacionais da empresa ou outros meios de informação que levassem ao conhecimento do empregador que o empregado estivesse trabalhando para além da jornada constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro horas semanais.

A partir dessa nova realidade, a doutrina e a jurisprudência passaram a divergir quanto ao encargo probatório que deve ser atribuído às partes na resolução de demandas que envolvam horas extras prestadas por trabalhadores em regime remoto, cujo labor é controlado por seus patrões.

DELGADO, M. e DELGADO, G. (2018, p. 138), ao reconhecerem que a exclusão dos teletrabalhadores do controle de duração do trabalho, consubstanciada no art. 62, III, da CLT, trata-se de presunção relativa, que admite prova em contrário, lecionam que a parte responsável

por esta demonstração é o empregado, em razão da presunção jurídica já estipulada pela legislação.

Dessa forma, entendem os mencionados autores que, havendo a presunção de que não há controle da jornada de trabalho dos teletrabalhadores, a eles incumbe provar o contrário, para, então, pleitear valores relativos à sobrejornada.

Na mesma linha, LEITE (2018, p. 485) explicita que, havendo controle da jornada no regime de trabalho à distância, não se aplica a regra do inciso III do art. 62 da Consolidação, em observância ao princípio da primazia da realidade, sendo ônus do próprio empregado que labora remotamente provar o fato constitutivo do direito às horas extras e noturnas que pleiteia.

Isto significaria imputar ao subordinado a prova tanto do controle de jornada de seus afazeres, para fins de afastar o texto legal, como também do labor extraordinário.

Essa linha de entendimento leva em consideração o conceito estático do ônus da prova, a teor do art. 818 da CLT, que dispõe que é encargo do reclamante comprovar os fatos constitutivos do seu direito e do reclamado os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Logo, se o trabalhador alega serem devidas eventuais horas extras laboradas, tem o ônus de provar que efetivamente as prestou, e isso inclui demonstrar que trabalhou submetido a efetivo controle de jornada, ainda que em modalidade de teletrabalho.

A jurisprudência passou a caminhar no mesmo sentido.

O Tribunal Superior do Trabalho, em entendimento majoritário, entende que, havendo a presunção de que não há controle de horário de trabalho no labor remoto, por força da disposição legal, é ônus do reclamante provar o contrário.

Como exemplifica o Acórdão em Recurso de Revista nº 562-52.2014.5.02.0029, de relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, da 8ª Turma do TST, publicado em 06 de outubro de 2017:

“II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015 / 2014 - NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ante o disposto no § 2º do art. 282 do CPC / 2015 c / c o art. 796 da CLT, resta prejudicada a análise da preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. ÔNUS DA PROVA. Da leitura dos fundamentos decisórios constata-se ser incontroverso que o reclamante executava suas tarefas no sistema HOME OFFICE, isto é, em casa. Assim, existe uma presunção de que não havia controle de horário,

sendo do reclamante o ônus da prova em contrário, porquanto fato constitutivo do direito pleiteado. Recurso de revista conhecido e provido” (TST, RR 562-52.2014.5.02.0029, 8a Turma, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 04/10/2017, Data de Publicação: 06/10/2017).

Isto posto, considera o TST que, comprovado o labor em teletrabalho, há a presunção de que não há controle de jornada e, por esse motivo, o ônus de provar que há o efetivo controle, que enseja direito às horas extras, é do trabalhador, aplicando-se as regras de distribuição do ônus da prova do art. 818 da CLT e do art. 373 do CPC.

O mesmo posicionamento se percebe nos Tribunais Regionais do Trabalho, a exemplo do Acórdão em Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo, no processo nº 1002030-07.2018.5.02.0607, de relatoria de Paulo José Ribeiro Mota, em que, entendendo-se incontroverso que a parte autora laborava em teletrabalho, o magistrado entendeu que contra a presunção de impossibilidade de aferição de controle de horário no regime, necessária prova em contrário, não sendo suficiente a afirmação de que a trabalhadora necessitava estar “logada” ao sistema da empresa para tal.

“No presente caso é incontroverso que a autora foi contratada para laborar sob a modalidade "home office" ou "teletrabalho", nos termos do art. 62, inciso III, da CLT, em que o empregado executa seu mister na sua própria residência. A r. sentença se pautou na prova testemunhal de que "não era possível trabalhar sem estar logado", para concluir que havia possibilidade de a reclamada fazer o controle de jornada da reclamante, através do "login" e "logout". Penso diversamente. A Lei especificamente excepcionou o teletrabalho do controle de horário pela sua impossibilidade, como regra. Contra o que é normal, compete prova contrária. Assim, competia à reclamante fazer prova da exceção e demonstrar o efetivo controle da sua jornada de trabalho. Com o devido respeito, o simples fato de a trabalhadora se encontrar "logada" em um sistema não importa concluir que durante todo o período esteve prestando serviços. Sem outras provas, não há como se presumir que estando em sua residência não usufruísse de várias pausas e micropausas, em atendimento aos seus interesses, mesmo estando com o computador "logado" no sistema da empresa. O desenvolvimento da tecnologia e velocidade das informações abriu novas modalidades de prestação de serviço e, a lei, vem se adaptando a essa nova realidade. Por isso reconheceu o trabalho "home office", excepcionando-o da regra geral do

controle de jornada. Prova contra essa exceção deve ser robusta e, a simples necessidade de se manter "logado" para a prestação de serviços mostra-se insuficiente, sem outras provas, para a conclusão de que o tempo de trabalho era possível de ser controlado. Assim, conclui-se que a reclamante mantinha atividade enquadrada no art. 62, III, da CLT, motivo pelo qual não tem direito a horas extras e reflexos" (TRT 2ª Região, processo n. 1002030-07.2018.6.02.0607 (ROPS), 13ª Turma, Magistrado Relator Paulo José Ribeiro Mota, Data da Publicação: 25/07/2019).

No caso em tela, ainda que houvesse a alegação de que o trabalho remoto era controlado através da imposição do "log in" no sistema operacional do empregador, que teria meios de aferir a produtividade da empregada, o magistrado considerou que, para afastar a previsão legal de não aferição da jornada de labor de teletrabalhadores, seria necessária uma prova mais robusta, concluindo pela negativa do direito às horas extras pleiteadas.

Contudo, admitir que o reclamante detém o encargo de comprovar que trabalhou remotamente e de que teve sua jornada de trabalho controlada por seu empregador, para que as horas prestadas para além do limite constitucional sejam devidamente remuneradas, pode significar incumbir a parte hipossuficiente de fazer prova excessivamente onerosa ou até impossível, lesando princípios basilares do Direito do Trabalho.

7. A vulnerabilidade probatória do empregado hipossuficiente quanto ao controle de jornada em teletrabalho para fins de horas extras e a insegurança jurídica

Como já mencionado, o art. 818 da CLT, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor e a aplicação da inversão do ônus da prova diante da hipossuficiência do consumidor nas relações de consumo, assim como com o Novo Código de Processo Civil, passou a admitir que o dever probatório pode ser dinamizado ante as peculiaridades da causa ou a impossibilidade ou dificuldade excessiva de uma das partes em cumprir o encargo.

Preocupou-se o legislador com os casos em que, em modo semelhante ao que ocorre no processo civil e, em especial, nas lides referentes ao consumo, à parte autora pode ser mais oneroso provar que detém o direito pleiteado do que incumbir à parte ré demonstrar a sua inexistência, por exemplo.

Dessa forma, privilegiam-se os princípios que regem o Direito do Trabalho, como o princípio da proteção, que confere uma superioridade jurídica ao polo mais frágil da relação de

trabalho; o princípio da irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores; o princípio da continuidade da relação de emprego, que presume que os contratos de trabalho sejam pactuados por tempo indeterminado; o princípio da primazia da realidade, no qual a verdade real prevalece sobre a verdade formal, e o princípio da inalterabilidade contratual, que impõe que as mudanças contratuais somente ocorram sob mútuo consentimento e sem prejuízos ao empregado (SARAIVA e SOUTO, 2018).

Em se tratando de teletrabalho, como sustenta WINTER (2005), aplicam-se os princípios da primazia da realidade, o princípio da intervenção do Estado, garantindo a participação do ente estatal nas relações virtuais, e o princípio da subsidiariedade, que estabelece a aplicação de regras gerais estabelecidas na legislação consolidada, na ausência de normas específicas.

Também se aplica ao trabalho remoto o princípio da norma mais favorável, com o objetivo de proteger o trabalhador, em nome da dignidade humana, na relação assimétrica que tem com o seu empregador, conforme FINCATO e BITENCOURT (2012).

À luz desses princípios aplicáveis à relação de emprego em teletrabalho, FILHO e AGUERA (2017, p. 12) destacam que, no que tange à comprovação de labor em sobrejornada no regime remoto, o empregado pode restar prejudicado em razão da dificuldade de provar o controle realizado pelo empregador e as horas extras prestadas.

Pontuam os autores que, muitas vezes, o controle de jornada do teletrabalhador fica limitado às empresas de maior porte, em virtude dos investimentos necessários à implementação de tecnologias mais avançadas, fazendo com que em empresas de menor poderio econômico a prova desse controle seja mais difícil ao empregado.

Nesse sentido, atribuir ao trabalhador o ônus de comprovar o efetivo controle de jornada por seu empregador na modalidade de teletrabalho, para que consiga receber pelas horas extras laboradas, pode significar prejudicá-lo em razão de sua hipossuficiência probatória, já que, conforme FILHO e AGUERA (2017, p. 15), o laborista possui recursos financeiros mais escassos, além de não possuir tecnologia necessária para tanto.

Por essa razão, as decisões que afastam o direito ao pagamento de valores relativos à sobrejornada, por incumbirem ao reclamante provar o controle de horas em regime remoto, no sentido de desconsiderar o art. 62, III, da CLT, acabam por ignorar a dinamização do ônus da prova prevista pelo art. 818, § 1º, da CLT, que possibilita que haja a inversão do ônus nos casos em que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou quando houver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Isso porque, considerando os princípios da norma mais favorável e da primazia da realidade, o empregado é parte hipossuficiente para comprovar o controle de jornada em teletrabalho, ao passo que o empregador detém meios de demonstrar que efetivamente controlava os horários e as horas de labor do empregado.

Na mesma toada, aduz SILVA (2019) que incumbe ao empregador, parte reclamada, comprovar a impossibilidade de controle de jornada no regime de teletrabalho, em obediência ao art. 6º da CLT, que impõe a inexistência de distinção entre o labor realizado na residência do trabalhador e aquele desenvolvido no estabelecimento empresarial.

No mesmo viés, entende PIMENTEL (2020) que o empregador tem o ônus de comprovar que o seu empregado se enquadra nas hipóteses do art. 62 da CLT, já que se trata de fato impeditivo do direito do reclamante, ficando com o empregado o interesse jurídico de demonstrar como contraprova que não se inclui na exclusão de controle de jornada, em razão de situações do seu cotidiano de labor.

Ocorre que, da análise da jurisprudência acerca do tema, constata-se que ainda há grande controvérsia acerca da distribuição do ônus da prova quanto ao controle de jornada dos teletrabalhadores.

O Ministro Carlos Mascarenhas, em relatoria no voto do AIRR 493-58.2011.5.01.0027, adotou posicionamento de que a prova dos fatos que afastam o direito do autor que pleiteava horas extras em modalidade de trabalho externo, que também é hipótese de exclusão de controle de jornada pelo art. 62 da CLT, é do réu, nos termos do art. 818 da CLT, mas destacou que o entendimento majoritário da Turma é pela presunção de que não há fiscalização pelo empregador nesse regime, como se vê:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 / 2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. ÔNUS DA PROVA. UMA excepcionalidade da situação prevista no artigo 62, I, da CLT faz com que seu reconhecimento dependa de prova inequívoca não apenas do trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle dos horários pelo empregador. Ressalvo meu posicionamento, no sentido de que a comprovação desses fatos, que afastam o direito do autor às horas extras, incumbe ao réu, nos exatos termos dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC / 1973. Todavia, o entendimento prevalecente nesta Turma, ao qual me curvo, por disciplina judiciária, é o de que, por ser incontroverso que o autor laborava externamente, há uma presunção de que não sofria controle e fiscalização por

parte do empregador. Assim, é o ônus de comprovar o contrário. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (TST, AIRR 493- 58.2011.5.01.0027, 7ª Turma, Relator: Ministro Carlos Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 21/06/2017, Data de Publicação: 30/06/2017).

O que se vê na prática é que se atribui ao reclamante o encargo de provar que seu trabalho em modalidade remota era controlado por seu empregador, na forma do art. 818 da CLT, sem admitir que, por ser parte hipossuficiente, o trabalhador encontra-se impossibilitado ou enfrenta dificuldade excessiva para fazer prova do que alega, o que ensejaria a dinamização do ônus probatório, conforme parágrafo primeiro do preceptivo celetista.

A consequência disso é a lacuna na tutela de direitos dos trabalhadores no regime remoto de labor, sem o respeito aos princípios do Direito do Trabalho.

Para além, conforme FILHO e AGUERA (2017, p. 16), a ausência de unificação do entendimento dos tribunais trabalhistas acerca da possibilidade de afastamento do preceito do art. 62 da CLT pelo controle efetivo das jornadas de trabalho de teletrabalhadores acarreta insegurança jurídica sobre o assunto, diante da ausência de legislação sobre a temática, o que acaba por prejudicar a parte hipossuficiente da relação de trabalho, qual seja, o empregado.

Em razão das controvérsias jurisprudenciais, enfatizam os autores a necessidade de criação de uma legislação minudente acerca do controle das jornadas de trabalho na modalidade de teletrabalho, com os fins de adequar a lei aos grandes avanços tecnológicos e de evitar a supressão de direitos trabalhistas.

Com esse intuito, foi apresentado o Projeto de Lei 3.512/2020, que objetiva alterar a CLT, revogando o inciso III do art. 62, alterando o art. 75-D e acrescentando o art. 75-F ao referido diploma.

A alteração legislativa propõe incluir os trabalhadores em regime de teletrabalho entre aqueles aptos ao controle de jornada de labor, possibilitando que recebam pelas horas extraordinárias, além de responsabilizar o empregador pelo fornecimento dos equipamentos e infraestrutura necessários nessa modalidade de trabalho. *In verbis*:

Projeto de lei-PL 3.512/2020:

Ementa:

Revoga o inciso III do art. 62, altera o art. 75-D e acrescenta o art. 75-F ao Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para detalhar as obrigações do empregador na realização do teletrabalho.

Explicação da Ementa:

Obriga o empregador a fornecer e manter os equipamentos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho em regime de teletrabalho, ressalvado o disposto em acordo coletivo, bem como a reembolsar o empregado pelas despesas de energia elétrica, telefonia e internet. Torna os empregados em regime de teletrabalho sujeitos às normas relativas à jornada de trabalho dos trabalhadores em geral (BRASIL, 2020).

Dessa forma, a legislação acompanhará o avanço nos recursos tecnológicos que facilitam o controle das jornadas cumpridas pelos teletrabalhadores, sem admitir um retrocesso em relação aos direitos conquistados pelos trabalhadores em geral (OLIVEIRA e CHERES, 2020, p. 19).

8. Considerações finais

Diante de todo o exposto, foi possível chegar a algumas importantes conclusões a respeito do ônus da prova quanto ao controle das jornadas em teletrabalho, à luz da inclusão dos teletrabalhadores no rol do art. 62 da CLT, da dinamização do ônus probatório, possibilitada pelo art. 818, § 1º, da CLT, e dos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Verificou-se que a hipótese inicial foi provada, sendo ela a de que a imposição ao teletrabalhador do encargo probatório relativo ao controle efetivo de suas jornadas de trabalho não considera a sua dificuldade de arcar com tal ônus e a possibilidade de inversão de que cogita o art. 818 da CLT.

Dessa forma, por consequência lógica, atribuir ao trabalhador o ônus de provar o controle patronal das jornadas viola princípios trabalhistas, como o da proteção, o da primazia da realidade e o da norma mais favorável, uma vez que ignora a hipossuficiência do empregado e a maior facilidade probatória do empregador.

Chegou-se à conclusão de que a ausência de regulamentação mais minudente acerca do teletrabalho e atualizada quanto aos meios de efetivo controle do labor à distância, oferecidos pelas novas tecnologias, têm por resultado decisões controversas quanto ao direito ao recebimento de horas extras por teletrabalhadores, gerando insegurança jurídica à parte hipossuficiente.

Assim, a solução a ser buscada é a adequação da legislação à realidade, levando-se em conta não só a grande utilização da modalidade de trabalho remoto em um contexto pós-

pandemia, mas, principalmente, a existência de meios tecnológicos que possibilitam o efetivo controle das jornadas de trabalho à distância.

Nos moldes do Projeto de Lei 3.512/2020, faz-se necessário que a lei acompanhe a doutrina e a jurisprudência pátrias, reconhecendo que, havendo a possibilidade de controle patronal da jornada de labor dos obreiros em teletrabalho, há o direito ao recebimento de eventuais horas extras prestadas.

Para além, importante que haja regulamentação quanto à distribuição do ônus de provar que, ainda que em teletrabalho, havia o controle das horas trabalhadas, permitindo-se a proteção ao empregado hipossuficiente que não tenha meios de comprovar tal controle, frente às facilidades probatórias do seu empregador.

Dessa forma, além de evitar a insegurança jurídica quanto ao direito às horas extras em teletrabalho, restarão privilegiados os princípios trabalhistas e protegidos os teletrabalhadores que exercem labor em sobrejornada.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 6 set. 2021.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 6 set. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 6 set. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 12.551 de 15 de dezembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm>. Acesso em 6 set. 2021.
- BRASIL. **Manual do Teletrabalho**. Tribunal Superior do Trabalho. 2021. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>>. Acesso em 6 set. 2021.
- BRASIL. **Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020**. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>>. Acesso em 6 set. 2021.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.512 de 2020**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143001>>. Acesso em 6 set. 2021.
- BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **ROPS 1002030-07.2018.6.02.0607**. 13ª Turma, Magistrado Relator Paulo José Ribeiro Mota. Recorrentes: Alessandra Farias de Oliveira – ME e Viviane de Lourdes Ribeiro. Recorrido: Alessandra Farias de Oliveira – ME e Viviane de Lourdes Ribeiro. Data de Julgamento: 17/07/2019. Data da Publicação: 25/07/2019. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/733621946/10020300720185020607-sp/inteiro-teor-733621961>>. Acesso em 6 jan. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. **Recurso Ordinário no 0010132-05.2016.5.03.0178**. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Ricardo Renzi. Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno. Acórdão em 07/03/2017. Disponível em:< <https://bityli.com/Dvwbd>>. Acesso em: 23 dez. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 562- 52.2014.5.02.0029**. 8ª Turma, Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Recorrente: Blackberry Serviços de Suporte de Vendas

do Brasil LTDA. Recorrido: Jefferson Franco de Godoy. Data de Julgamento: 04/10/2017, Data de Publicação: 06/10/2017. Disponível em: < <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8f2d4b20983da205029b9897638743fa>>. Acesso em 20 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 493- 58.2011.5.01.0027**. 7ª Turma, Relator: Ministro Carlos Mascarenhas Brandão, Recorrente: Alcides Assis da Silva Junior. Recorrido: Telefônica Brasil S.A. Data de Publicação: 30/06/2017. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/151738872/tst-judiciario-29-06-2017-pg-4678>>. Acesso em 23 dez 2021.

BRASIL. XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Reforma Trabalhista. Enunciados Aprovados**. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). Disponível em: < https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_sit_e.pdf>. Acesso em 30 nov. 2021.

BOSKOVIC, Alessandra Barichello; COLESSI, Paula Castro. **O teletrabalho durante e após a pandemia: implicações práticas**. Revista LTR, [s. l.], v. 85, ed. 01, p. 59-68, jan. 2021.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Teletrabalho: interpretação da Lei n. 12.551 de forma a impedir a superexploração do trabalhador**. Jornal Trabalhista Consulex, Brasília, v. 29, n. 1458, p. 3-10, dez. 2012. Disponível em: <https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/boucinhas_-_teletrabalho_intepretacao_da_lei_12.pdf>. Acesso em: 6 Sep. 2021.

CAMPOS, Marlon Baralde Viveiros; SOARES, Andrea Antico. **A distribuição do ônus da prova no Direito do Trabalho**. 2019. Centro Universitário Eurípides de Marília, Univem. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1833/Artigo%20-%20Marlon%20Baralde%20Viveiros%20Campos.doc.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

DEUS, Marcos Becker de. **Controle de jornada do teletrabalhador em face da vedação do artigo 62, III da consolidação das leis do trabalho**. Orientador: Francisco Luiz Goulart Lazendorf. 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, UNISUL, RUNA - Repositório Universitário da Ânima, 2018. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/5464>. acesso em: 25 set. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª edição. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2018.

FILHO, Luiz Augusto Broetto; AGUERA, Pedro Henrique Sanches. **Teletrabalho: a possibilidade de supressão de direitos trabalhistas**. 2017. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c15018ce42.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2021.

GOES, Gisele Santos Fernandes. *et al.* **Direitos Humanos e Relações Trabalhistas: Estudos em Homenagem à Professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar.** São Paulo: LTr., 2021. P. 65-71. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=zG4WEAAAQBAJ&lpg=PA65&ots=gMMvbS2yDV&dq=ônus%20da%20prova%20no%20processo%20do%20trabalho%20evolução&lr&hl=pt-BR&pg=PA65#v=onepage&q=ônus%20da%20prova%20no%20processo%20do%20trabalho%20evolução&f=false>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

LEAL, Marilda Ferreira Machado; CASTOR, Juliana Soares. **A efetividade do teletrabalho: Estudo da possibilidade de controle de jornada e fixação de horas extras em benefício do trabalhador.** Repositório Institucional AEE, [S. l.], p. 1-50, 20 dez. 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/17692>. Acesso em: 6 set. 2021.

MELLO, Ana Karolina Costa; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A precarização das condições de trabalho e saúde do teletrabalhador.** Revista LTr, [s. l.], v. 85, ed. 04, p. 452-458, abr. 2021.

MIRANDA, Maria Isabel Ferreira. **O teletrabalho em tempos de pandemia: adaptações, direitos dos trabalhadores e os impactos gerados pós-período de calamidade pública.** 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/31594>>. Acesso em 26 set. 2021.

OLIVEIRA, Bianca Isadora Ferreira de; CHERES, José Eduardo Cardoso. **O teletrabalho e a flexibilização da jornada nas relações de trabalho.** Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, Ipatinga, MG: Faculdade de Ipatinga, v.1, n. 3, ano 2020, 1 set. 2020. Disponível em: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/388/pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

PIMENTEL, Gabriel Gomes. **O ônus da prova nas discussões quanto às horas extras do empregado não sujeito a controle de jornada.** In: FPSV - Figueira, Pimentel, Siqueira & Varejão. FPSV Advogados. 13 mai. 2020. Disponível em: <<https://fpsv.adv.br/publicacao/onus-da-prova-horas-extras-nao-sujeito-a-controle-de-jornada/>>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ROCHA, Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. **O teletrabalho à luz do artigo 6o da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno.** Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_87_88/claudio_jannotti_rocha_e_mirella_karen_carvalho_bifano_muniz.pdf>. Acesso em: 06 set. 2021.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho.** 20 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, Glauco Bresciani. **Horas extras – guia prático quanto à divisão do ônus da prova.** Jusbrasil. 2019. Disponível em: <<https://glaucobresciani.jusbrasil.com.br/artigos/706179066/horas-extras-guia-pratico-quanto-a-divisao-do-onus-da-prova>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista: análise**

comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017. 2a ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 99.

TEIXEIRA, Sergio Torres; SERPA, Gelba Carolina Siqueira. **Teletrabalho e Reforma Trabalhista: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais.** Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 154-193, 30 nov. 2019. Disponível em: <<http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/188>>. Acesso em: 26 set. 2021.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego.** São Paulo: LTr, 2005.