



**CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO COMO GARANTIA
CONSTITUCIONAL DO TRABALHADOR: DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS
WORK SHIFT CONTROL AS CONSTITUTIONAL WORKER WARRANTY: LAW
AND NEW TECHNOLOGIES**

Rafael Castro da Silva¹
Marcos Antunes Kopstein²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar algumas das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, onde se discuta a possibilidade de controle da jornada de trabalho do motorista, em razão da utilização das novas tecnologias. Ademais, o controle da jornada de trabalho é direito garantido constitucionalmente ao trabalhador e o seu desrespeito afronta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A problemática se dá no momento em que o direito, ordenamento jurídico, demora a se moldar, de acordo com as novas situações vivenciadas pelos trabalhadores, em especial a alteração do ambiente de trabalho. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, julgados do TST, e os resultados demonstram que o direito está se adaptando de forma vagarosa as novas formas, muito embora estas já sejam uma realidade no cotidiano dos trabalhadores. A forma mais rápida de alteração do ordenamento é a mudança de posicionamento, interpretação, que precede a elaboração de novas normas jurídicas.

Palavras-chave: Controle da jornada de trabalho. Direito constitucional. Novas tecnologias.

ABSTRACT

This article aims to analyze some of the decisions of the Superior Labor Court, where they discuss the possibility of controlling the working hours of the driver, due to the use of new technologies. In addition, control of working hours is constitutionally guaranteed right to the worker and his disregard affront the Principle of Human Dignity. The problem occurs when the law, legal system, it takes to mold, according to the new situations experienced by workers, in particular the change in the work environment. The methodology used was the bibliographical research, judged the TST, and the results demonstrate that the law is adapting slowly to form the new forms, even though they are already a reality in the daily lives of workers. The fastest way to change the order is the change of position, interpretation, which precedes the development of new legal rules.

Key-words: Control of the working day . Constitutional right. New technologies.

INTRODUÇÃO

¹ Autor: Rafael Castro da Silva, cursando Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho na UNIFRA, rafael.sm.adv@live.com.

² Coautor: Marcos Antunes Kopstein, cursando Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho na UNIFRA, marcoskopstein@hotmail.com.



Com o avanço das novas tecnologias verificamos uma sociedade cada vez mais conectada, tendo em vista a facilidade em nos comunicarmos e nos encontramos em ambientes virtuais.

Desta forma, o presente trabalho busca analisar algumas das alterações causadas pelas novas tecnologias junto ao ambiente de trabalho, em especial a função de motorista, na medida em que GPS, smartphones, notebooks e outros dispositivos móveis, são capazes de manter o empregado sob controle do seu empregador em quase qualquer lugar e a qualquer hora do dia.

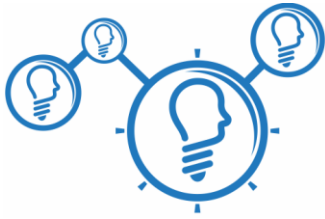
Neste sentido, buscou-se analisar todas as decisões retiradas do site do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>), cujo critério de pesquisa utilizado foi “atividade externa motorista possibilidade de controle de horário novas tecnologias”, classe processual: RR, acórdãos, sendo que foram encontrados 04 (quatro) acórdãos.

Todos os acórdãos analisados foram julgados no mesmo sentido, ou seja, podemos afirmar que há posicionamento dominante no TST, no sentido de que as novas tecnologias permitem um maior controle da jornada externa de trabalho, impossibilitando a aplicação do art. 62, inc. I da CLT. Ademais, a aplicação do dispositivo supracitado é verdadeira exceção ao controle da jornada de trabalho estabelecida pelo art. 7, inc. XIII da Constituição Federal.

A pesquisa teve por base os períodos de 01/12/2013 à 01/12/2015, na medida em que tempo razoável para analisarmos as decisões proferidas e afirmar que há posicionamento já pacificado quanto a matéria em questão.

Nesse âmbito, o trabalho encontra justificativa na necessidade de interpretação das normas trabalhistas a luz das novas tecnologias, a fim de abarcar as novas situações vivenciadas pelos trabalhadores e das conseqüentes mudanças no ambiente de trabalho. Ademais, a necessidade de proteção ao trabalhador, hipossuficiente, em razão do Princípio da Proteção, sendo necessário também analisar a questão sob o enfoque do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O presente resumo objetiva analisar os fundamentos utilizados pelos Desembargadores do Tribunal Superior do Trabalho, ao decidirem a respeito do tema em estudo, cujo conteúdo está relacionado ao impacto das novas tecnologias no ambiente de trabalho do empregado que desempenha a atividade de motorista, em especial quanto ao controle da jornada de trabalho



desempenhada fora da empresa – atividade externa. Desta forma, busca-se analisar os fundamentos jurídicos utilizados, na medida em que a CLT, em seu art. 62, inc. I, estabelece que a jornada de trabalho deve ser fiscalizada e controlada, sob pena de não ser possível a configuração da hora extra, em contraponto, as novas tecnologias permitem que tal fiscalização e controle se estendam as atividades realizadas em, praticamente, qualquer lugar – atividades externas.

Observe-se o disposto no art. 62, inc. I, da CLT:

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;

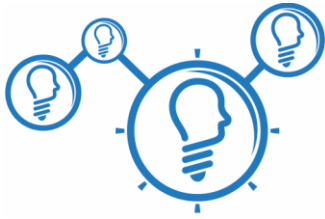
Importante se destacar a lição do mestre Godinho, a respeito da jornada de trabalho:

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula.

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato — o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela mensura-se, também, em princípio, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados). Daí sua grande relevância no cotidiano trabalhista e no conjunto das regras inerentes ao Direito do Trabalho.

Ainda, devemos ressaltar que, a legislação trabalhista em muitos aspectos se encontra ultrapassada, de modo que se deve alterar a forma de interpretação dos seus dispositivos, para que sejam condizentes com a realidade, pois o poder judiciário não pode deixar de apreciar tais situações, tampouco deixar que os direitos dos trabalhadores sejam mitigados em razão da falta de legislação específica, tendo em vista o Princípio da Proteção elencado na própria CLT e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da nossa Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito.

O método empregado neste trabalho é o dedutivo, na medida em que parte de uma premissa maior – possibilidade de controle da jornada externa –, passando-se a análise de decisões proferidas pelo TST, no sentido de impossibilidade de aplicação da regra contida no art. 62, inc. I da CLT, à luz das novas tecnologias e dos Princípios da Proteção e da Dignidade



da Pessoa Humana. Aliado a essa metodologia, empregou-se a técnica de revisão bibliográfica acerca da literatura do tema.

Como resultado, observa-se que acórdãos em análise demonstram que há entendimento pacificado naquela corte, tendo em vista que todos entendem que o disposto no art. 62, inc. I, da CLT se trata de exceção a regra de limitação da jornada de trabalho (art. 7, inc. XIII da CF), de forma que para a sua aplicação não basta apenas que a jornada seja desempenhada fora da empresa (jornada externa), mas que seja realmente impossível o seu controle, de forma direta ou indireta.

Ademais, a limitação da jornada de trabalho é uma garantia constitucional do trabalhador, estando diretamente ligada as questões físicas e biológicas e a dignidade da pessoa humana, de modo que a aplicação do disposto no art. 62, inc. I da CLT deve ser tratado como verdadeira exceção.

Sobre o tema, importante destacar o nos diz RESENDE:

A própria ideia de limitação da jornada de trabalho pressupõe a necessidade de que se estabeleça alguma forma de controle do tempo de trabalho (e do tempo à disposição do empregador). Do contrário, seria impossível aferir se o empregado laborou durante todo o tempo contratualmente previsto, se laborou menos ou ainda se laborou mais (em sobrejornada).

Decorre do poder diretivo (sob os aspectos do poder de fiscalização e de controle) do empregador a possibilidade de controlar o tempo de prestação de serviços pelo empregado, ou seja, de controlar a jornada efetivamente praticada pelo obreiro. Somente mediante este controle será possível aferir se o empregado prestou ou não horas extraordinárias. (RESENDE, 2014, pag. 363/364)

1 DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são exemplificativamente elencados no art. 6º da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

De acordo com Alexandre de Moraes, podemos classificar os direitos fundamentais da seguinte forma:

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à



existência, organização e participação em partidos políticos. (MORAIS, 2013, pag. 28/29)

No art. 7º, o legislador definiu alguns dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, com a seguinte ressalva “além de outros” que tenham por objeto a melhoria das condições sociais dos trabalhadores:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: “Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, a características de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista.” (MORAES, 2013, pag. 202)

Importante destacar-se que a proteção estabelecida pela Constituição se dá aos trabalhadores subordinados, ou seja, a proteção estabelecida no art. 7º da Constituição visa a proteção da relação de emprego, daquele empregado que possui vínculo empregatício:

“... a Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público. Não mencionando outros trabalhadores, como o eventual, o autônomo e o temporário, os direitos destes ficam dependentes de alteração da lei ordinária, à qual se restringem.” (NASCIMENTO, 1988, pag. 34)

A segunda geração dos direitos fundamentais, direitos sociais, tem por ideal a isonomia, na medida em que se exige do poder público uma atuação em favor do cidadão, e não mais uma abstenção. Tal necessidade corresponder aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos não apenas considerados de forma individualmente, mas considerados de caráter econômico e social, objetivando resguardar à sociedade melhores condições de vida.

Esta geração de direitos guarda estreito vínculo com as condições do trabalho, que, à medida da evolução do capitalismo, sofreram uma maior intervenção do Estado, a fim de regulamentar e garantir as novas relações de trabalho e a proteção ao trabalhador, com a regulamentação do salário mínimo, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas.

Sobre o tema, pode-se trazer a baila a seguinte lição:

Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).

Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF/88), os direitos sociais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão). (LENZA, 2014, pag. 1182)



Neste contexto, pode-se ressaltar que também surgiram novas que tratam da proteção do meio ambiente do trabalho, de modo que se faz necessário citar a conceituação de Amauri Mascaro do Nascimento, em relação ao meio ambiente de trabalho:

[...] é, exatamente, o complexo máquina-trabalho; as edificações, do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc. (NASCIMENTO, 2011, pag. 846)

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Ao se analisar os acórdãos do TST, foram destacados os seus fundamentos mais relevantes, a fim de se verificar a verdadeira aplicação do direito naquela Corte.

Veja-se:

Acórdão TST-RR-1288-64.2010.5.09.0322:

Em relação ao alegado labor externo, destaque-se que a limitação da jornada de trabalho é direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador, estando diretamente ligado a questões biológicas e, até mesmo, à dignidade da pessoa humana. Dessa feita, a aplicação do art. 62, I, da CLT, o qual afasta o direito à percepção de horas extras, deve ser feita quando claramente evidenciada a total impossibilidade de controle, direto ou indireto, da jornada laboral.

Traçadas tais premissas e uma vez declarado pelo Regional que o Reclamante, apesar de exercer trabalho externo, tinha sua atividade supervisionada pela Reclamada, há constatação inarredável da existência de mecanismo de controle indireto da jornada de trabalho.

O acórdão TST-RR-289600-30.2008.5.09.0022, apesar de tratar de controle da jornada externa, não tem relação a situação do motorista, sendo que, em síntese, traz em baila o debate quanto ao sobreaviso, também sob o enfoque das novas tecnologias, na medida em que o aparelho celular permanentemente ligado, caracteriza o sobreaviso, deixando o trabalhador a disposição do empregador, em praticamente qualquer lugar.

Acórdão TST-RR-1391-23.2011.5.09.0068:

Ante o registro dos elementos fáticos disponibilizados no v. acórdão recorrido, verifica-se que o autor, exercente da função de motorista, tinha a jornada controlada, o que se pode constatar pelos seguintes aspectos: a)



rastreamento do veículo via satélite; b) o autor tinha que dirigir continuamente cerca de 11 horas e 30 minutos por dia para cumprir os prazos de entrega pré-fixados pela empresa ré; c) a empresa ré ligava para o telefone celular fornecido ao autor para saber do desenrolar da viagem. Conforme se pode observar, os elementos acima listados são suficientes para afastar a incidência do artigo 62, I, da CLT, conforme entendimento do c. TST, (...)

O acórdão TST-RR-84800-14.2009.5.17.0012

Partindo-se da moldura fática delineada nos autos, é possível constatar que: a) o Reclamante, motorista, desenvolvia atividade externa; e b) a jornada de trabalho do Obreiro era controlada por meio do sistema de rastreamento e do celular.

Ora, diante dos fatos indicados pelo Regional, não há como se proceder ao enquadramento do Reclamante à hipótese do art. 62, I, da CLT, pois comprovado o efetivo controle da sua jornada de trabalho. Registre-se que somente com o reexame do conjunto fático-probatório seria possível infirmar as razões de decidir do Regional, o que é vedado pela Súmula n.º 126 do TST. Inviável, por conseguinte, se vislumbrar violação do art. 62, I, da CLT.

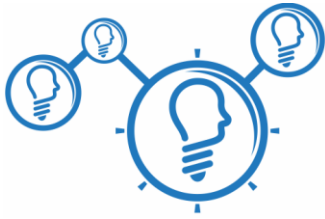
Ao analisarmos os fundamentos dos trechos de todos os acórdãos acima transcritos, verificamos o quanto os novos instrumentos tecnológicos alteraram o ambiente de trabalho, refletindo, inclusive, no poder de fiscalização do empregador, de modo que houve verdadeira ampliação da subordinação jurídica, do poder de controle e de fiscalização da jornada de trabalho.

Tanto é assim que a CLT estabeleceu em seu art. 6º, a possibilidade do teletrabalho:

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.

Antes, a jornada do motorista, por ser desempenhada fora do ambiente da empresa, era exemplo clássico de exceção ao controle da jornada, todavia, em razão das novas tecnologias (rastreamento de veículo via satélite, sistema de rastreamento de celular, internet, dispositivos móveis), não há mais que se falar em impossibilidade de controle da jornada.

Neste sentido, podemos destacar a Lei nº 12.619/2012, que estabelece como direito dos motoristas profissionais a jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira



fidedigna pelo empregador, por meio de tacógrafo, anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, nos termos do § 3º do art. 74 da CLT, ou de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos (GPS, rastreamento/monitoramento via satélite - novas tecnologias), a critério do empregador.

Art. 74, § 3, da CLT:

Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

(...)

§ 3º - Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo.

Importante ressaltarmos que o controle da jornada de trabalho previsto no art. 7º, inc. XIII da Constituição Federal, de 8 horas diárias ou 44 horas semanais, é uma garantia fundamental do trabalhador, e traz inúmeros benefícios, tanto na ordem econômica (justa remuneração pelo trabalho - horas extras), quanto física, psíquica, biológica (evita os efeitos psicológicos decorrentes da fadiga excessiva e visa diminuir os acidentes de trabalho) e social (aumentar o convívio familiar e social e possibilitar a concretização planos pessoais e profissionais).

Veja-se:

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

(...)

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

Por outro lado, as novas tecnologias também trazem efeitos negativos ao trabalhador, quando utilizadas de forma abusiva, na medida em que o empregado não consegue se desconectar do trabalho, ficando sujeito a receber mensagens e chamados do empregador em praticamente qualquer lugar e horário do dia, o que impossibilita o convívio social e a realização das atividades de lazer, configurando, inclusive o chamado dano existencial.

Assim, para que os Princípios da Proteção e da Dignidade da Pessoa humana possam ser respeitados, o Poder Judiciário deve ser capaz de apreciar as situações mais atuais, alterando a interpretação de seus dispositivos e estendendo o seu alcance as novas situações, ou seja, é fundamental que a legislação acompanhe o avanço tecnológico trazido pelas novas



tecnologias da informação, na medida em que se verifica uma sociedade cada vez mais conectada em ambientes virtuais, onde o empregador pode controlar e encontrar o empregado em praticamente qualquer lugar e horário, através de telefone, smartphone, notebooks e outros dispositivos móveis .

CONCLUSÃO

Percebe-se que as novas tecnologias causaram enorme impacto nas relações de trabalho, em especial quanto ao ambiente de trabalho, o que podemos observar do art. 6º da CLT, que estabelece a possibilidade de trabalho realizado fora da empresa, sendo que, neste contexto, há verdadeira ampliação da subordinação jurídica, do poder de controle e de fiscalização do empregador. Ademais, a limitação da jornada de trabalho é uma garantia fundamental do trabalhador, consagrada em nossa Carta Magna em seu art. 7º, inc. XIII, de modo que a aplicação da exceção prevista no art. 62, inc. I da CLT, somente deve ocorrer em caso de impossibilidade de controle da jornada de trabalho, fato este que deve ser verificado, inclusive, com a impossibilidade de utilização dos novos instrumentos tecnológicos. Conclui-se no sentido de que o conteúdo das normas protetivas ao trabalhador (Princípio da Proteção), deve ser aplicado a luz das novas tecnologias disponíveis, sob pena de serem mitigados direitos fundamentais dos trabalhadores, o que vai de encontro ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 11 ed., São Paulo, LTr, 2012.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**, 18 ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo, Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **A defesa processual do meio ambiente do trabalho**. Revista LTr, 2011.

RESENDE, **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014.