

O ARTIGO 62 DA CLT CONTINUA INCONSTITUCIONAL

Alexandre Alliprandino Medeiros

1 Resumo. 2 Introdução. 3 Limitação da duração da jornada e monetização das horas extraordinárias. 4 O mundo da informática, dos sistemas de informações e o artigo 62 da CLT. 5 Reflexões e conclusões. 6 Referências bibliográficas.

1 Resumo

A inserção do inciso III ao artigo 62 da CLT, derivada da Reforma Trabalhista (2017) reavivou o debate sobre a constitucionalidade da normativa em questão. Sob uma perspectiva mais elevada, de valorização, primeiro, do instituto da limitação da duração do trabalho diário a uma jornada legal (inclusive sob o cenário da busca da supressão concreta das horas extraordinárias como imperativo de saúde e segurança do trabalhador) e, de modo secundário, sob o viés das repercussões econômicas que a realização de extraordinárias enseja, não há como não concluir que o artigo 62 da CLT, todo ele, continua inconstitucional.

2 Introdução

O artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tido doutrinária e jurisprudencialmente como constitucional desde há muito, sob a perspectiva concreta do elevado instituto da limitação da duração da jornada e de tudo aquilo que sintetiza a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil por excelência (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal – CF) precisa de uma releitura e de uma nova hermenêutica.

Nestes tempos pós Reforma Trabalhista (2017) e de anúncio de intensificação deste processo reformista pelo recém empossado Presidente do Brasil, Senhor Jair Messias Bolsonaro, impõe-se fazer, sobre a normativa em questão, novas reflexões, o que ficou estimulado, por assim dizer, pela inserção de mais um inciso (inciso III do art. 62 da CLT) nas exceções daqueles que estariam excluídos do Capítulo celetista da Duração do Trabalho.

Após digressões de cotejo entre o instituto jurídico da limitação à duração do trabalho e o da monetização (ou direito



Alexandre Alliprandino Medeiros

Titular da Vara do Trabalho de São Joaquim da Barra, SP, Tribunal do Trabalho da 15ª Região. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP - Universidade de São Paulo (2018). Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp - Universidade Estadual Paulista (2010).

ao pagamento) das horas extraordinárias (sempre em ascensão em um mundo cada vez mais calcado no valor do dinheiro) serão feitas algumas análises sobre as questões aqui colocadas, bem assim demonstrado que o melhor caminho interpretativo do preceito de lei em foco é mesmo a rejeição de sua aplicação, mediante a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, e isto pelo menos até que uma decisão de maior envergadura, em controle concentrado, exclua de vez a aplicação do artigo 62 da CLT do cenário jurídico nacional.

3 Limitação da duração da jornada e monetização das horas extraordinárias

Em um mundo onde os valores são cada vez mais construídos ao redor do dinheiro e de tudo aquilo que ele representa, para o bem ou para o mal, as horas extraordinárias não ficaram imunes.

Há momentos em que o amor pela moeda parece até obscurecer o amor que o homem tem pela sua própria espécie. Prova disso são as constantes exortações encerradas em textos religiosos e em vários documentos de publicação internacional, como é o caso da Declaração de Filadélfia de 1944, que foi anexada à Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e que ressalta não ser, o trabalho, uma mercadoria¹.

Mesmo o texto encerrado no inciso XVI da CF, se lido de maneira isolada e

descontextualizada, está a apontar para o viés remuneratório das horas extraordinárias, em importâncias imediatamente atrativas, na medida em que superiores, no mínimo, a cinquenta por cento do valor da dita hora normal.

Poucos se deram conta de que o assunto deve ser debatido com mais equilíbrio, exatamente por tocar questão que não transita unicamente pelo preço do trabalho, mas também pelas repercussões da prática na vida singular e coletiva do trabalhador. Bem por isso Godinho Delgado ensina que:

Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais — necessariamente — normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.²

Sangheon Lee, Deirdre MacCann e Jon C. Messenger, além de abordarem a questão da duração do trabalho sob a perspectiva da busca

1 Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, I, "a": "A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: a) o trabalho não é uma mercadoria;" Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

2 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012. p. 863.

de um trabalho decente, e sem o desprezo dos contextos econômicos, políticos e sociais das várias nações, disseram o seguinte:

Preservar a saúde do trabalhador e a segurança do local de trabalho é o mais fundamental dos objetivos subjacentes às políticas de duração do trabalho e tem sido, desde o início, um dos propósitos centrais das medidas que tratam das jornadas longas. De fato, a limitação da jornada semanal pode ser vista como a resposta básica à advertência da literatura sobre saúde e segurança contra jornada regular de trabalho superior a 50 horas por semana, tanto na forma de um limite de 48 horas com restrições severas ao trabalho extraordinário quanto na de um limite mais baixo³.

E mais, ao tecerem considerações sobre as várias questões que podem influenciar a extrapolação das jornadas previstas e mesmo o descumprimento das normativas tendentes a limitar o trabalho extraordinário⁴, suas ineficácias, lembraram-se, em conclusão, da questão relativa ao dinheiro, ao pagamento por essa sorte de labor:

Finalmente, pode-se esperar que a influência dos níveis salariais sobre a jornada de trabalho exerça um papel particularmente importante no sentido de solapar os limites

3 LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do trabalho em todo o mundo**: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. p. 149.

4 Apenas a título de elucidação, é bom explicar que essas “normativas”, ou seja, as leis e regulamentos, de origem estatal ou negociada nos seios das categorias, que visam limitar a duração das jornadas e, pois, o trabalho extraordinário, são designadas, pelos autores citados, como “estatutos”.

estatutários. A relação entre esses elementos essenciais da vida do trabalho tem, inevitavelmente, um significado profundo nas economias em desenvolvimento e em transição, nas quais as jornadas longas e o trabalho extraordinário, em particular, são frequentemente utilizados para compensar baixos salários. Os salários devem, portanto, ser colocados no âmago das tentativas de reduzir jornadas. Deve-se notar, em particular, que não se pode esperar que os trabalhadores sejam favoráveis a uma redução de jornada que os amplie de ganhar um salário decente e que o imposto dessa redução seja desprezível onde a diminuição dos limites das jornadas legais (normais) alimentar o aumento do recurso às horas extras. A atenção às políticas salariais e, em particular, a introdução de um salário mínimo ou a manutenção dele como padrão significativo pode assim representar contribuição importante no sentido de romper o círculo vicioso de baixos salários e jornadas longas.⁵

Sobre esse contexto, aliás, foi precisa a crítica de Arnaldo Sussekind:

A legislação brasileira, como a de outros países, não atendeu às restrições impostas ao trabalho extraordinário pela mencionada Convenção, possibilitando que o empregado trabalhe *permanentemente* em horas suplementares, não superiores a duas, desde que com isto concorde expressamente e receba majorado o salário a elas correspondente. É certo que nosso País não ratificou a precitada Convenção Internacional; mas

5 LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. op. cit., p. 151-152.

constitui hoje questão incontroversa que a jornada superior a oito horas é prejudicial ao trabalhador, à produção e à coletividade. Demais disto, releva ressaltar que o empregado, levado pela necessidade de obter maiores salários, acorda quase sempre em prorrogar indefinidamente sua jornada normal de trabalho. Daí por que, em nosso País, o trabalho extraordinário vem sendo desmesuradamente utilizado, concorrendo para agravar o desemprego, ampliar os infortúnios do trabalho, tornar o trabalhador um aposentado precoce e reduzir-lhe o tempo de convívio familiar. Criticável, por isto mesmo, que a nova Constituição, ao invés de restringir as hipóteses permissivas do trabalho extraordinário, tenha simplesmente majorado o valor do adicional.⁶

Diante disso, faz-se necessário, em um debate mais denso, galgar passo acima, ou seja, buscar um equilíbrio entre valores humanos e econômicos, entre a preocupação com a limitação da duração do trabalho e o desejo imediato pela contraprestação pecuniária das horas de trabalho ou do tempo à disposição, ou entre o tempo de trabalho e a preocupação com os custos da mão de obra.

O *caput* do artigo 59 da CLT (CLT)⁷

6 SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 1997. p. 812. No trecho, Sussekind se reporta à Convenção nº 1º da OIT, de 1919, que por sua vez fazia remissão às horas extraordinárias e às suas autorizações como situações precárias e temporárias, nunca como algo permanente.

7 “Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”. BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/

prescreveu sobre a possibilidade de realização de horas extraordinárias, até o máximo de duas, desde que prevista a prática em acordo individual ou coletivo.

Ponto interessante, que muitas vezes passa despercebido, é que o legislador faz remissão à duração normal do trabalho e não a uma jornada máxima legal e permitida, tudo a apontar, até pelo princípio derivado do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, a melhoria da condição social do trabalhador, para a ideia de que horas extras são aquelas que superam não somente o legalmente permitido (a máxima jornada legal) mas também as que excedem a jornada contratualmente estabelecida, seja por contrato escrito, seja por verbal, seja, ainda, por intermédio de pacto tácito. Disso advém a conclusão de que se trabalhador e empregador ajustarem jornada inferior à máxima diária legalmente permitida, como, por exemplo, sete horas por dia, serão tidas como suplementares todas as que lhe sucederem⁸.

Uma outra situação interessante, e que também advém da remissão à “duração normal do trabalho”, refere-se àquelas categorias que, na CLT ou em legislações extravagantes, têm jornada máxima legal inferior às mais comumente praticadas, de oito horas. Exemplo típico são os bancários cuja jornada máxima legal é de seis horas, aqueles trabalhadores que não exercem atividades de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenham outros cargos de confiança, isto

Del5452.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

8 “Se o contrato de trabalho estabelecer a jornada normal de sete horas para o empregado sujeito ao regime geral de duração do trabalho, extraordinário será o serviço prestado depois de esgotada a sétima hora”. SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 1997. p. 811.

quando o valor da gratificação não é inferior a um terço salário do cargo efetivo⁹. Nestes casos a limitação das horas extraordinárias também foi fixada em duas diárias. Sobre essa especificidade, Homero Batista Mateus da Silva assim se pronunciou:

Houve também, em tempos remotos, uma controvérsia sobre a carga de duas horas suplementares, de que fala o art. 58, quando aplicada sobre jornadas reduzidas. Há pertinência no debate, embora subdesenvolvido. Ora, se a Consolidação das Leis do Trabalho contempla duas horas suplementares para a carga de oito horas, é razoável pensar que o esforço do trabalhador era apenas um quarto acima de seu cotidiano normal de oito horas, não se devendo falar em quantidade abusiva de prorrogação. Ao revés, se a jornada cotidiana é de quatro ou cinco horas, as duas horas suplementares representam metade ou mais do que um terço do esforço diário, o que não deixa de ser intrigante. Porém, como a redação do art. 59 foi no sentido de que duas horas suplementares podem ser requeridas sobre qualquer duração normal de trabalho, prevaleceu o entendimento de que a base sobre a qual se apoiam os serviços suplementares é irrelevante, podendo ser jornada de oito, sete, seis ou menos horas.¹⁰

Tal como externado nas linhas em questão, o debate sobre a peculiaridade da desproporção do limite de duas horas para jornadas maiores e menores, além de subdesenvolvido, gera situações muito intrigantes mesmo. Se, nos

casos das reduções legais das jornadas máximas a seis por dia, como são os casos dos bancários que não ganham gratificações e não exercem funções de chefia, bem assim de todos aqueles trabalhadores submetidos a turnos ininterruptos de revezamentos, o motivo determinante para a redução da duração normal do trabalho foi a agressividade à saúde do trabalhador, com o aumento do risco de acidentes típicos e doenças, enfim, a repercussão danosa de um trabalho realizado em tais condições¹¹, como admitir que justamente essa parcela de trabalhadores, por conta da mesma lei, dependa, em comparação com aqueles que trabalham em jornada de oito horas, um percentual maior de suas energias vitais, e isto justamente no momento em que já está mais vulnerável, ou seja, nos limites finais de suas jornadas?

Como ressaltado no texto do professor Homero, e a repetição serve para dar ênfase à questão, o grupo de trabalhadores mencionados, na comparação com aqueles que trabalham em jornadas maiores e em atividades menos danosas às suas incolumidades físicas e psíquicas, podem, extraordinariamente, avançar em campos equivalentes à terça parte de suas jornadas normais, enquanto aqueles atingem, no máximo, a quarta parte. Considerando as questões de riscos de doenças e acidentes típicos, mais ainda, a necessidade de equacionamentos e raciocínios jurídicos que, de alguma maneira, campeiem um terreno doutrinário que promova a prevenção de

9 É o que prescreve o § 2º do art. 224 da CLT.

10 SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Curso de direito do trabalho aplicado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 61.

11 No caso dos bancários, os agravos decorrentes das pressões das filas de clientes, dos costumeiros assédios morais, relacionados ao desejo de maior produtividade, dos meios técnicos de digitação e informatização de dados, da labuta diária com valores financeiros, onde o risco de erros em operações gera prejuízos econômicos e descontos salariais efetivos ou potenciais.

agravos à saúde e proteja a vida do trabalhador, não há como não pensar, sob o prisma da proporção, na quebra do princípio da igualdade de tratamento¹². O que se quer dizer, em outras palavras, é que trabalhadores com jornadas de seis e de oito horas, independentemente das profissões exercidas, sob o viés do direito à tutela de suas vidas e saúdes, merecem tratamento jurídico isonômico. E, no cenário aqui desenhado, sob um debate, poder-se-ia dizer, mais desenvolvido, o artigo 59 da CLT, no ponto, não encontraria fundamento de validade ou legitimação constitucional.

Levando em conta não somente a realidade acima descrita, mas principalmente tudo aquilo que move a concepção e a ideia das horas extraordinárias, e rejeitando a discussão mais recorrente, atrelada inexoravelmente ao plano da monetização, do direito ao pagamento das horas suplementares, impõe-se também um volver de olhares para a questão do que realmente consubstancia o alicerce desse instituto, a limitação da jornada.

Jorge Luiz Souto Maior, ao criticar um exemplo de que a ideia de horas extras era associada a algo unicamente circunscrito à expressão econômica do direito, ensina que

[...] o exemplo é extraído de uma concepção teórica de que o direito do empregado é o de receber horas extras, mas as horas extras não são o direito do empregado. O direito

12 Constituição Federal, artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

envolvido na situação, que reflete uma superexploração do trabalho e uma agressão à condição humana, é o da limitação da jornada de trabalho, visto como direito fundamental. Não se deve dizer que o empregado tem o direito de receber horas extras. O empregado tem o direito à limitação da jornada. O pagamento do tempo trabalhado além do limite com um adicional de 50% sobre o valor que se paga ao tempo inserido na jornada legal (e não “normal”, como se costuma dizer) é o efeito previsto em lei pelo ato ilícito cometido pelo empregador, na medida em que desrespeitado o direito do empregado à limitação da jornada de trabalho. Vistas as coisas desse modo, tem o empregador o direito de pleitear que o efeito de seu ato ilícito seja apenas o previsto na lei? É evidente que não, pois isso conduziria as horas extras à esfera da licitude e a limitação da jornada de trabalho deixaria de ser um direito. Ora, o efeito desse modo de ver as coisas é o de que o direito conferiria ao empregador o direito de desrespeitar o direito dos trabalhadores e uma vez que a consequência possível fosse apenas pecuniária ter-se-ia, em conclusão, que o empregador teria o direito de pagar pelo desrespeito ao direito do trabalhador, ou, em outras palavras, que poderia comprar tais direitos. Os direitos trabalhistas, que são fundados no princípio de que o trabalho humano não é mercadoria de comércio, traria em si uma contradição insuperável, vez que, apesar de preconizarem um valor humanístico, estariam à venda!¹³

13 Este texto foi extraído de parte de um conteúdo maior, que correspondeu ao Módulo 2 do curso não presencial, administrado pela Escola Judicial do Tribunal do Trabalho da 15ª Região no interstício de 06 de setembro a 04 de outubro de 2016, denominado “Direito do trabalho: uma visão bem crítica – processo

Arnaldo Sussekind explica que a limitação do tempo de trabalho possui alguns fundamentos:

- a) *de natureza biológica*, eis que visa a combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço;
- b) *de caráter social*, por isto que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade a que pertence, gozando os prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos, e convivendo, enfim, com sua família;
- c) *de índole econômica*, porquanto restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior, na execução do trabalho.¹⁴

Depois de fazer uma minuciosa análise da história legislativa sobre a questão da limitação da jornada, Sussekind concluiu que:

De todas essas disposições legais, que tão bem caracterizam a implantação do Direito do Trabalho no Brasil, cumpre destacar que nenhuma delas estabeleceu jornada normal de trabalho superior a oito horas; que, nas casas de diversões, a jornada dos artistas e dos operadores cinematográficos não podia ultrapassar seis horas; que, nas casas de penhores, o dia de trabalho era de sete horas; que, nos bancos, casas bancárias e serviços de telegrafia,

.....
de execução (Magistrados) em que o Dr. Jorge Luiz Souto Maior foi o conteadista e tutor. O texto não foi publicado e ficou restrito à coletividade dos alunos do referido curso, entre eles, o autor desta Tese.

14 SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Ltr, 1997. p. 783.

radiotelegrafia e radiotelefonía, a duração diária de trabalho foi fixada em seis horas; e que para os jornalistas e professores, a duração diária foi limitada a cinco horas e a seis aulas, respectivamente.¹⁵

A própria construção jurisprudencial relacionada à compensação de horas sobressalentes, da qual participou ativamente o Tribunal Superior do Trabalho (TST) Súmula 85, por mais conservadora que tenha sido quanto aos seus efeitos práticos¹⁶, enxergou na paradoxal realidade da “prestação de horas extras habituais”, ou seja, na transformação do extraordinário em ordinário, motivo bastante para a descaracterização ou invalidação de sistemas de compensações de horários, tudo a apontar para a circunstância de que a limitação da prática das horas extras deveria ser o primeiro norte.

A abordagem levada a efeito aqui, portanto, tem por fito relatar a existência de um desvio axiológico preocupante no instituto da limitação das horas de trabalho, qual seja, a preponderância da questão econômica em detrimento dos móveis originários e mais elevados do instituto, que, em sua concepção, intuía proporcionar ao trabalhador, pelo menos como regra, a famigerada tríade das oito horas de trabalho, oito de lazer e oito de descanso efetivo.

A intenção é que esta realidade, contextualizada na temática que aqui se propôs

15 Ibid., p. 787.

16 E a Reforma Trabalhista de 2017, de maneira, por assim dizer, sorradeira, houve por bem tolher, em certa medida, o entendimento consubstanciado em referida Súmula, mas isso não será tratado aqui, diante da necessidade de abordagem mais específica do tema relativo à inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT.

(questão relativa à inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT) possa chamar a atenção da sociedade e de suas estruturas de poder para que venham, pelo menos no médio prazo, absorver uma correção de rumos, a mais desejável, a da busca da supressão das horas extraordinárias (sejam elas remuneráveis ou, como se pretendeu com o artigo 62 mencionado, não remuneráveis) levando a cabo, com isso, o resgate concreto do instituto da limitação.

4 O mundo da informática, dos sistemas de informações e o artigo 62 da CLT

Naquilo que toca a realidade do tempo de trabalho efetivo ou à disposição é importante refletir também sobre um outro exemplo moderno, incrementado pelo chamado mundo da informática e dos sistemas de informações, mais especificamente, as repercussões do trabalho no ambiente domiciliar.

Não é raro que, por conta das facilidades das correspondências eletrônicas empresariais, designadas *e-mails* funcionais, a separação entre tempo de trabalho ou à disposição no ambiente físico da empresa e esse mesmo tempo no ambiente domiciliar seja cada vez menor.

O computador, os *smartphones*, enfim, as mesmas ferramentas e aplicativos que possibilitam a comunicação familiar e social, a instrução educacional, enfim, a fruição de todas as necessidades humanas de um mundo cada vez mais digitalizado favorecem, instantânea e concomitantemente, a intensificação da relação do homem com o seu trabalho.

Em conversas havidas no almoço da família em dia de domingo um trabalhador, imerso também no dito mundo digital, pode se

ver na contingência de tomar conhecimento de que na segunda-feira, logo no início da jornada, haverá uma dinâmica de trabalho crucial para o êxito de uma certa atividade de trabalho. Este exemplo demonstra como um equipamento técnico, a um só tempo, enseja os benefícios da indispensável ciência prévia de um evento funcional importante e a frustração visceral das necessidades próprias da desconexão com o trabalho e interação familiar. E o que se dirá, com a entrada em vigência da CLT reformada, especialmente diante da disciplina prevista para o regime do teletrabalho? Haverá um incremento ainda maior do trabalho para além dos muros empresariais?

Parece que sim.

Observe o que prescreve o artigo 62 da CLT, em sua nova redação:

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; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994); 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. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994); 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).¹⁷

Este artigo, que sempre excluiu diversos trabalhadores do Capítulo da CLT denominado Duração do Trabalho, e que há tempos, também, é recorrentemente invocado nos foros trabalhistas para fazer frente a pedidos de condenação ao pagamento de horas extraordinárias, recebeu mais um inciso, o III, com a inclusão dos empregados que labutam em regime de teletrabalho.

O artigo em referência, na realidade, mereceria supressão integral da CLT porque, objetivamente, é inconstitucional. Ele, por via oblíqua, nega vigência ao inciso XVI do art. 7º da CF e, o que é mais grave, vai de encontro a um dos institutos mais importantes do Direito do Trabalho, que é o direito à limitação da jornada às máximas legais, constitucionais ou contratualmente previstas (inciso XIII do art. 7º da CF; art. 59 da CLT) direito que ao fim e ao cabo guarda íntima relação com o direito à desconexão com o trabalho, com atributos essenciais à existência humana, o lazer, a interação familiar e social.

O dispositivo, baseando-se exclusivamente na, diga-se, falsa premissa da impossibilidade da aferição e fiscalização, pelo empregador e ou terceiros, do tempo de trabalho, nega a fidúcia própria que permeia o contrato de emprego e a realidade de que o trabalhador, ainda que em ambientes outros, necessita de uma limitação

17 BRASIL. **Lei 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 nos 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. Brasília: Diário Oficial da União (14.7.2017). Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

de horas de trabalho, sem o que pode realizar, e não raro realiza, horas extraordinárias.

Além das sérias questões acima ventiladas, que maculam de inconstitucionalidade o art. 62 (todo ele, e não somente o novo inciso III) e mesmo o fazem, até, desprovido de qualquer razoabilidade, uma leitura honesta de seus dispositivos revela a sua fragilidade.

Em um mundo altamente técnico, onde a informática, a telemática e as ciências correlacionadas têm condições de monitorar cada passo do ser humano, haveria mesmo trabalho externo incompatível com fixação de horário de trabalho ou, como diz a doutrina e a jurisprudência, incompatível com o controle da jornada de trabalho? E ainda que as ferramentas técnicas em questão, multiformes que são, não conseguissem viabilizar um controle efetivo, a fidúcia, base mestra de qualquer sorte de contrato de emprego, não estaria a legitimar os apontamentos, corretos, pelo próprio trabalhador, dos seus dias e horários de trabalho, mesmo que os apontamentos se dessem em simples papeletas, aqueles famigerados instrumentos por intermédio dos quais a marcação dos dias e horários de trabalho e intervalos de descanso sempre foram possíveis em qualquer ambiente?

Outra questão que mostra o quão desprovido de racionalidade é o artigo 62 da CLT diz respeito à fixação de um critério pecuniário ou gestor para justificar a exclusão do direito à limitação de jornada e à remuneração do serviço extraordinário.

Existiria mesmo motivo para que os gestores maiores das empresas e seus equiparados (diretores, chefes de departamento ou seção etc.) por um simples critério pecuniário (recebimento de gratificação de função igual ou

superior a 40% do salário contratual) fossem excluídos do regime de limitação de jornadas?

O cotidiano funcional de tal grupo de trabalhadores prova que eles são, em regra, os que mais detêm atribuições, os que maiores responsabilidades assumem e, por isso, os que mais realizam horas extraordinárias, ou seja, são eles aqueles que veem mais fortemente tolhidos seus direitos às limitações de jornadas.

Não é razoável, também, aceitar que uma gratificação de 40% sobre o salário, este, frise-se, muitas vezes baixo, seja tido como critério distintivo, enfim, motivo suficiente a justificar a exclusão desse grupo de trabalhadores do Capítulo da CLT que trata da duração do trabalho. Além do mais, a fixação de critério pecuniário sugere a realização concreta e, o pior, a legitimação legal, do odioso salário compassivo, ou seja, do pagamento de um valor (no caso, de uma gratificação de função não inferior a 40% do salário contratual) como substituto de todos os direitos previstos no capítulo da CLT sobre a duração do trabalho.

Com o novo inciso III todos aqueles que trabalhem em localidades distintas da empresa, valendo-se de ferramentas que possibilitem a realização de atividades de maneira remota, estarão à mercê dessa situação injusta, excepcional e inconstitucional. E como o dispositivo é excessivamente aberto (empregados em regime de teletrabalho) é possível prever que muitos serão os tomadores de serviços que preferirão impor esse regime aos seus subordinados ao invés de administrarem a gestão das questões relacionadas aos dias e horas de trabalho.

A Reforma Trabalhista de 2017 inseriu na CLT, ainda, os artigos 75-A a 75-E, como forma justamente de regulamentar o regime de

teletrabalho. Os dispositivos legais em questão ficaram assim redigidos:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. 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. Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas

no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.¹⁸

De fato, como se pode ver, foi necessário um cuidado maior com a questão do teletrabalho, especialmente em razão da inserção do inciso III ao artigo 62 da CLT.

De uma forma bem objetiva estarão sob este regime todos aqueles trabalhadores que, apoiados em ferramentas técnicas e computacionais de informação e comunicação, desenvolverem suas atividades em ambiente diverso do da empresa, excetuando-se aqueles trabalhos classificados como externos por natureza, tal como o são, em exemplo, os serviços de fiscalização de atividades externas, os de construção civil, os dos motoristas, entre outros.

Acessos à empresa para algumas atividades específicas, que demandem a presença do trabalhador nas dependências físicas do empregador, não descaracterizarão o regime em estudo.

Haverá a necessidade do entabulamento de um contrato escrito, com a especificação,

18 BRASIL. **Lei 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 nos 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. Brasília: Diário Oficial da União (14.7.2017). Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

entre outras coisas, das atividades cometidas ao empregado. Esse contrato deverá conter, ainda, cláusulas prevendo as responsabilidades pela aquisição e manutenção de todas as ferramentas, bem assim da infraestrutura para que os trabalhos nesse regime sejam levados a efeito, ou seja, se o computador será o do empregado, se, diversamente, a empresa fornecerá um, sobre quem é que pesará os ônus pelo pagamento da conta de energia elétrica, em que proporção isto se dará etc.

Sendo, as ferramentas de trabalho, em regra, subsídios para a consecução da atividade em si, é acertada a remissão do legislador quanto à impossibilidade da configuração do salário-utilidade. Entretanto, essa questão não estará inexoravelmente imune a questionamentos, mormente quando o trabalhador, com o assentimento patronal, expresso ou tácito, valer-se do aparato técnico eventualmente fornecido pela empresa para o desenvolvimento de atividade paralela que importe alguma espécie de proveito econômico.

É interessante a exigência de que o contrato escrito será individualmente entabulado, ou seja, exatamente na forma em que a vontade do trabalhador tem um peso muito pequeno, considerando que há desigualdades econômicas, a afetar as tratativas jurídicas. E este instrumento, onde o trabalhador se encontra à própria sorte, servirá de base para dispor inclusive sobre as transições de regimes (do presencial para o teletrabalho, e do teletrabalho para o presencial). A diferenciação dos textos dos parágrafos primeiro e segundo do art. 75–C, sobretudo quando faz remissão ao acordo mútuo, não representa, na prática, muita coisa. O empregado certamente ficará à mercê da vontade de seu empregador, sem

possibilidade real de apresentar objeções, competindo ao Poder Judiciário, em discussões futuras colocadas à sua apreciação, e sempre ancorado no art. 468 da CLT (cujo texto, na substância, não foi alterado) verificar o que se deu ou não se deu em prejuízo do trabalhador, declarando ou não, se for o caso, as nulidades correspondentes.

Disposição que preocupa, e muito, a todos aqueles que zelam pela higiene, pela segurança e pela saúde do trabalhador é a encerrada no art. 75-E da CLT. Singela leitura deste artigo não deixa dúvidas: tentou-se cometer toda a responsabilidade concreta pela salvaguarda da integridade física e psicológica do trabalhador a ele mesmo. Ao empregador competiria unicamente passar, de maneira ostensiva, as instruções, bem assim colher a assinatura do empregado em um documento (termo de responsabilidade de seguir as ditas instruções). Ao trabalhador, com todas as vulnerabilidades próprias de sua condição, ficaria, conforme se depreende das entrelinhas, as demais responsabilidades de observação concreta das citadas orientações.

As consequências destas últimas prescrições podem ser antevistas: incremento da quantidade de doenças e acidentes de trabalho. De qualquer maneira, a melhor hermenêutica caminhará por certo no sentido de que as previsões em questão não excluirão todas as responsabilidades histórica e legalmente impostas ao empregador naquilo que diz respeito à saúde e segurança dos trabalhadores. Não seria razoável deixar o trabalhador à sua própria sorte.

5 Reflexões e conclusões

Com a Reforma Trabalhista de 2017, e com os riscos, a partir deste ano de 2019, de potencialização de seus termos, e mais, com o acréscimo de mais um grupo importante de trabalhadores nas exceções do artigo 62 da CLT, faz-se imperiosa uma nova hermenêutica neste ponto.

Não é razoável cogitar-se de atividade incompatível com o controle ou com a fixação de jornada. Para isso, conforme se viu, nem é necessário aparato técnico mais robusto. Todo trabalhador e todo empregador, pela fidúcia qualificada que os une e é derivada do contrato de emprego, pode perfeitamente controlar os horários de trabalho, o tempo à disposição e o tempo de pausas para descanso mediante simples apontamento dos horários em cartão de ponto, e isto da forma mais singela possível, a manual.

Também não é razoável excluir trabalhadores do regime de duração máxima de jornadas a partir de critérios pecuniários e de exercício de determinadas atribuições de gestão. Os empregados gestores são os que mais acumulam atribuições, responsabilidades e, por consequência, são os que mais realizam, concretamente, horas extraordinárias. Admitir a exclusão desses empregados do direito à limitação da jornada, com base em suas atribuições e com substrato no recebimento de uma gratificação é, por via reflexa, chancelar de legalidade o malsinado instituto do pagamento complessivo.

Desprovido de razoabilidade é, também, a nova exceção do inciso III do art. 62 da CLT, exatamente porque maculará, de maneira visceral, o direito à limitação de jornada, com

sacrifício irreparável também, no tempo, do valioso instituto da desconexão com o trabalho, sobretudo porque, é importante lembrar, o trabalhador, na maioria das vezes, executará suas atividades em ambiente domiciliar mesmo.

Essas ausências de razoabilidades todas, que sem nenhum substrato normativo, mas por simples reflexão, já estariam a demonstrar os riscos que um sistema dessa sorte proporciona ao trabalhador, se enxergadas sob o arcabouço constitucional do inciso III do art. 1º da CF (dignidade da pessoa humana) combinado com os incisos XIII e XVI do art. 7º da CF, não permite outra conclusão que não a de que as exceções do artigo 62 da CLT continuam inconstitucionais.

6 Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.** Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 jan. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada.**

Brasília: OIT, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Curso de direito do trabalho aplicado.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho.** 17. ed. São Paulo: Ltr, 1997.