

A GARANTIA FUNDAMENTAL DA LIMITAÇÃO DA JORNADA: ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O ART. 62 DA CLT*

Noemia Porto**

1 – DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS: MUDANÇAS E PERSISTÊNCIAS NO TEMA DA LIMITAÇÃO DE JORNADA

A atual Constituição, desde 1988, traça um novo horizonte de possibilidades, tanto que, de forma simbólica e inédita, acomoda os direitos fundamentais na parte inicial do texto, antes, portanto, das disciplinas endereçadas às questões do poder. Os direitos fundamentais deste novo contexto explicitamente incluem os direitos sociais, sendo que nas ordens constitucionais anteriores os direitos trabalhistas eram tratados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Embora este não seja um requisito imprescindível, a consagração constitucional explícita de um direito social é um indício relevante do caráter fundamental dos bens ou interesses protegidos (Pisarelo, 2007, p. 82).

Pensando no cenário que a Constituição de 1988 pretendeu modificar, é certo que a marca autoritária se fez presente durante todo o regime da Constituição de 1967/69. Definitivamente, não só os direitos fundamentais passavam ao largo do eixo material essencial da Constituição, como também havia convívio cotidiano com práticas que violavam liberdades.

Nesse esquema, não era viável construir ambiente institucional favorável à garantia dos direitos sociais como fundamentais. Por isso mesmo, o Direito do Trabalho era sobretudo um “direito celetista”, cuja compreensão e articulação

* As observações críticas e as reflexões avançadas de Ricardo Lourenço Filho, integrante do Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da UnB, foram imprescindíveis para desenvolvimento do presente trabalho.

** *Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara de Araguaína (TO); especialista em Direito Constitucional pela UnB; mestranda em Direito, Estado e Constituição na mesma Universidade; integrante do Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito; professora universitária e vice-presidente da AMATRA-10 (biênio 2009/2011).*

concreta demandavam o manejo, predominantemente, de instrumental infraconstitucional.

Quanto à temática da limitação da jornada, a Constituição de 1967/69 assegurava aos trabalhadores, conforme redação disposta no art. 165, além de outros direitos que visassem à melhoria da sua condição social, “duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos” (inciso VI). Aliás, também a Constituição de 1946, em razão do art. 157, inciso V, estabelecia a regra da duração do trabalho diário não excedente de oito horas, mas assumia a possibilidade de casos e condições excepcionais que fossem previstos em lei.

O contexto normativo então prevalente por mais de quarenta anos comportava raciocinar em torno da ideia de regime ou regra geral de horário, de um lado (no plano constitucional), e regime ou regra especial, de outro (no plano infra), tanto que estavam ressalvados os casos especiais previstos, que o seriam por lei.

Por isso mesmo, a exclusão promovida pelo art. 62 da CLT, quanto aos gerentes e aos trabalhadores externos, isso no que concerne ao regime de duração da jornada, poderia ser inserida no contexto dos “casos especialmente previstos”.

Ainda assim, ao menos no caso dos gerentes, a exceção recebia interpretação restritiva, de modo a alcançar número reduzido de trabalhadores que ficariam à margem da proteção representada pelo limite de jornada.

Conforme revela Mauricio Godinho Delgado, com suporte na doutrina de Mario de La Cueva, o discurso jurídico construído sobre o assunto revelava clara compreensão restritiva, para considerar como exercentes dos encargos que afastavam o regime da duração da jornada apenas aquelas hipóteses em que o exercício da função “colocasse em jogo *a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade*” (2008, p. 350).

No âmbito da Constituição de 1946, a preponderância de um modelo de Bem-Estar Social também veio acompanhada de teorias constitucionais que procuravam explicar a não concretização dos direitos sociais através do esquema conceitual presente na tipologia das normas constitucionais, de maneira que as normas de eficácia limitada, incluindo as programáticas, tinham aplicação apenas mediata, altamente dependentes da vontade discricionária do legislador constituído. No caso da Constituição de 1967/69, que compartilhou a cena brasileira de um regime de exceção, não houve a construção e/ou a consolidação de uma pragmática compromissada com os direitos fundamentais.

A atual Constituição, também sem prejuízo de outros direitos que possam melhorar a condição social dos trabalhadores, prevê “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” (art. 7º, inciso XIII).

É certo que o advento de uma nova Constituição deveria ser capaz de abalar antigas certezas. De fato, a mudança não ocorreu apenas no âmbito redacional, embora também este aspecto seja importante indicador da necessidade de uma nova pragmática constitucional. Na verdade, outra passou a ser a dimensão político-constitucional condicionadora dos olhares de seus intérpretes, qual seja, a democrática de direito (art. 1º). Sobretudo numa perspectiva de direitos fundamentais, pode-se afirmar que o constitucionalismo da atualidade procura se assentar de forma cotidiana sobre uma ordem jurídica baseada em princípios (Dworkin, 2005). De outro modo, os direitos sociais, assumidos como fundamentais, passaram a ser fatores decisivos para a legitimidade do sistema constitucional. A discricionariedade do legislador também precisou ser redimensionada em razão do vínculo obrigacional representado por tais direitos.

A despeito da ruptura paradigmática representada pela Constituição de 1988, há persistências nas práticas, sobretudo judiciárias, que bloqueiam a concretização das novas propostas sociais-trabalhistas.

Nesse sentido, as exclusões promovidas pelo art. 62 da CLT, com sua redação originária, foram consideradas, em grande extensão tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, compatíveis com a nova Constituição, vale dizer, como se ainda fosse possível afastar da garantia da duração de jornada alguns “casos especiais”¹.

Não bastasse isso, sobreveio reforma legislativa que, como resultado visível, ao menos quanto aos gerentes, expandiu o raio de incidência das exceções do art. 62 da CLT.

Pela redação anterior, as exceções eram as seguintes:

“a) os vendedores praticistas, os viajantes e os que exercerem, em geral, funções de serviço externo, não subordinado a horário, devendo

1 Consta em decisão da 1ª Turma do TST, RR 328.490/96.8, Relator Ministro Ronaldo Lopes Leal, julgado em 15 de dezembro de 1999, o seguinte: “o art. 7º, XIII, da Constituição Federal, ao dispor sobre a jornada de trabalho, estabelece norma de caráter geral, razão pela qual não poderia revogar disposição legal específica, ou seja, o então vigente art. 62, b, da CLT, que disciplina a jornada de trabalho para os ocupantes de cargo de gerente. Tal entendimento parte do princípio de que a lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, conforme exegese do art. 2º, § 2º, da LICC”.

tal condição ser, explicitamente, referida na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no livro de registro de empregados, ficando-lhes de qualquer modo assegurado o repouso semanal;

b) os gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal.

A previsão atual está traduzida nos seguintes termos:

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.”

Nesse ponto é preciso dizer que a relação entre a Constituição e a normatividade infraconstitucional não consegue ser adequadamente compreendida se posta nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil. Não se trata de disposição geral (a Constituição) que não revoga previsão especial (o art. 62 da CLT). O aspecto relevante, que remonta ao próprio significado do constitucionalismo, é quanto à supremacia da constituição e à inconstitucionalidade de dispositivos, especiais ou gerais, que contrariem seus preceitos. A supremacia material e formal da constituição é a pedra angular de suporte à juridicidade estatal legítima e “não há democracia que se sustente quando se desrespeitam as normas constitucionais” (Oliveira, 1998, p. 96-97).

Portanto, paradoxalmente, no sistema constitucional anterior, a garantia representada pelo limite à duração da jornada era mais intensa e abrangente, considerando a acomodação restritiva das exceções, tanto no texto da CLT como na prática interpretativa construída em torno dele. Sob a Constituição democrática de 1988 não só se permitiu, sobremodo em razão da interpretação dos tribunais, a persistência das exceções baseadas “em casos especiais” (através da recepção do art. 62 da CLT), como também albergou-se alteração legislativa que expandiu a desproteção (tanto que o debate sobre a constitucionalidade da Lei nº 8.966/94 ainda não alcançou razoável envergadura)².

2 Sobre a recepção/constitucionalidade do art. 62 da CLT – mantendo-se a matriz de raciocínio sobre normas gerais e normas especiais – tem-se também decisão da SBD-1 do TST, E-RR 540.991/99.2, redator designado Ministro João Oreste Dalazen, julgado em 28 de abril de 2003. Na mesma linha, decisão da 5ª Turma do TST, RR 561968/1999.5, Relator Ministro Emmanoel Pereira, julgado em 27 de fevereiro de 2008.

Embora grande parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista possuam determinadas convicções sobre o tema, a concorrência intensa de ideias diversas, que caracteriza o ambiente da democracia, instiga à reflexão crítica permanente sobre os rumos que estão sendo conferidos aos direitos sociais.

O direito é uma prática interpretativa (Dworkin, 2005, p. 217-221), portanto não é um dado, mas um construto. Por isso mesmo é atual e relevante que se questione se é viável e legítimo que norma infraconstitucional exclua alguma categoria de trabalhadores do sistema de proteção representado pela limitação da jornada de trabalho.

As reivindicações coletivas por melhores salários, limites de jornada e proteção às mulheres e crianças marcaram as primeiras lutas operárias, inclusive no Brasil (entre meados do Século XIX e início do Século XX). O processo de afirmação de direitos dos trabalhadores, contudo, não foi concluído com o Texto de 1988. A partir dele, outros desafios tensionam os direitos sociais relacionados com o Direito do Trabalho. Segundo o diagnóstico de José Eduardo Faria (2007, p. 187), o alcance e a força do Direito do Trabalho têm sido afetados pela volatilidade e mobilidade dos capitais e pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica. De fato, ao lado da crescente informatização, terceirização e flexibilidade operativa, encontra-se também a valorização das formas novas de remuneração com base na produtividade. Neste último caso, a ideia prevalente é a de que o incremento do ganho (ou sua manutenção, com a manutenção do emprego) se relaciona diretamente com o maior envolvimento pessoal do trabalhador.

A valorização da produtividade, do desempenho, dos critérios de mérito, da competição e da concorrência pressionam os trabalhadores à disponibilidade exaustiva, ou quando menos, é comprometedora, com o passar do tempo, de uma vida que possa se afirmar sob o primado da liberdade.

As controvérsias em torno do art. 62 da CLT justamente se situam nas reflexões sobre a performance constitucional dos direitos sociais e sobre a eficiência da proteção devida à pessoa do trabalhador.

2 – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E AS INCOMPATIBILIDADES DOS “CASOS ESPECIAIS” DO ART. 62 DA CLT

É importante situar, de início, que a definitiva inserção dos princípios na esfera da normatividade desafia as premissas construídas, na órbita interna, em torno dos mais variados temas de conteúdo econômico-social-trabalhista, dentre eles a performance da garantia representada pela limitação da jornada,

em relação aos abusos que ainda hoje não permitem aos trabalhadores construir para si um tempo relevante, que não seja apenas o tempo para o empregador.

De fato, a superação da antinomia clássica entre Direito Natural/Direito Positivo pela teoria dos princípios alça as normas jurídicas à categoria de gênero, a encontrar nos princípios e nas regras suas espécies.

Especialmente em Dworkin, a dimensão de peso só os princípios possuem e, por isso, a escolha, em caso de conflito, deve estar norteada pela sua relevância, ao passo que o conflito entre regras se resolve sob a perspectiva da validade (Bonavides, 2000, p. 253-254). De todo modo, os princípios atuam como vínculos inclusive em relação às regras.

O Estado Democrático de Direito, que estrutura o sistema jurídico constitucional, intermedia o consenso quanto ao procedimento e o dissenso com relação ao conteúdo (Neves, 2006, p. 144), tornando salutar conceber a cidadania como um processo construtivo com vistas à participação efetiva, que convive e assume o contexto da tensão no convívio das diferenças (Carvalho Netto, 2001, p. 18).

A despeito da pluralidade que se estabelece no dissenso, o Estado Democrático de Direito só se afirma caso a unidade de uma esfera de juridicidade esteja presente (Neves, 2006, p. 150), e nesse sentido destaca-se a Constituição, mas não como fonte de uma hierarquia procedimental, mas antes no estabelecimento de uma repartição orgânica de competências e de um controle interorgânico, essencial à construção da democracia (Neves, 2006, p. 152-153).

Os direitos fundamentais, notadamente de igualdade e de liberdade, são requisitos de legitimação procedimental do Estado Democrático de Direito (Neves, 2006, p. 154), e encontram solidez na confirmação da dignidade da pessoa humana.

A questão do limite à jornada de trabalho conecta-se necessariamente com a proposta internacional de promoção do trabalho decente, vale dizer, aquele desenvolvido em condições de liberdade, igualdade, seguridade e dignidade (OIT, 2005, p. 5-7), e ambienta uma normatividade de princípios fundamentais, não só em razão da luta histórica pela afirmação de direitos relacionados a dignas condições de trabalho, como também porque precisa ser associada, cotidianamente, a uma consistente política de saúde no trabalho.

Os fatores biopsicossociais (sociais, psicológicos e biológicos) do trabalhador demandam que se lhe possa garantir o tempo necessário para a

construção de uma identidade pessoal que não necessariamente se relaciona com os desafios do trabalho. O direito de acesso ao trabalho decente – e não apenas o direito a ocupar-se, esclareça-se – é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Além de outros motivos, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional – que não se compatibilizam com o excesso de trabalho –, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora.

Quando a Constituição prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), também empresta maior projeção ao tema da duração de jornada, deixando evidente o caráter de saúde pública, para além, portanto, das questões estritamente econômicas (Delgado, 2008, p. 833-834).

Ainda segundo Delgado,

“(...) a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada ‘infortunistica do trabalho’.” (2008, p. 834)

Ademais, a comunidade de princípios que a Constituição constitui, e que projeta a todo momento a tensão entre liberdade e igualdade³, exige que não possa ser tida como mera retórica de texto a busca pelo pleno emprego. Ao contrário, trata-se de princípio, e por isso mesmo normativo e vinculante, da ordem econômica brasileira, fundada na conjugação simultânea entre valorização do trabalho e livre iniciativa (art. 170, inciso VIII). De forma coerente, então, a limitação da jornada também revela aspecto de ordem socioeconômica, considerando que o respeito à redução do tempo de trabalho, cumulado com eventual necessidade habitual pelo contratante de serviços para além do limite, deve implicar na abertura de novas oportunidades de emprego.

3 Essas expressões e correspondente raciocínio, são do Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto e foram discutidos em diversas ocasiões no decorrer da Disciplina Tópicos Especiais em Direito, ministrada no segundo semestre de 2008, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Nestes termos, ao invés do excesso de trabalho a cargo de uma pessoa, há compartilhamento com outros trabalhadores para se fazer frente, no conjunto, às necessidades do empregador.

O trabalho não é uma mercadoria, mas parte da vida diária de todos e fator determinante para alcançar a dignidade humana, o bem-estar e o desenvolvimento como seres humanos (OIT, 2005, p. 07). Então, eventual “custo trabalhista” resultante do cumprimento da Constituição – que limita, sem casos especiais, a jornada em oito e quarenta e quatro horas, salvo compensação ou redução negociadas coletivamente⁴ – não pode ser o fio condutor para que se decida se determinada previsão legal ou em contrato individual de trabalho é juridicamente válida ou não. O sistema da economia e o sistema do direito trocam prestações continuamente, mas não podem atuar com lógicas intercambiáveis. Não se decide no direito com suporte na lógica da economia e vice-versa, sob pena de os sistemas perderem sua própria e autônoma referência (Campilongo, 2000, p. 74). Levar a Constituição a sério não pode depender da autorização do sistema da economia.

A questão do limite à jornada de trabalho tem, portanto, inequívoca dimensão pública. Por isso mesmo deve limitar e condicionar a liberdade de condução do contrato de trabalho pelo empregador. Nesse contexto, o controle de jornada por ele exercido adquire a recíproca e dúplice implicação de prerrogativa e dever.

Como a Constituição de 1988 limita a jornada, ressaltando a compensação ou a redução definidas coletivamente, isso cria obrigação aos contratantes de promoverem o controle sobre o tempo de disponibilidade do trabalhador, ainda que para isso devam se utilizar de recursos outros para além do tradicional cartão de ponto – e os meios tecnológicos atuais assim o permitem. A obrigação patronal, portanto, é de fixar fronteiras claras à jornada laborada.

Identifica-se a figura jurídica do empregador pelo conjunto de prerrogativas que exerce, de direção, fiscalização e controle sobre a prestação de serviços contratada. Trata-se do traço marcante da subordinação jurídica (arts. 2º e 3º da CLT). Na atual dimensão constitucional, porém, não se contrata

4 O Tribunal Superior do Trabalho, interpretando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição, tem entendido que é viável que se estabeleça sistema de compensação de jornada por acordo expresso individual de trabalho, sem necessidade, portanto, em todos os casos, de negociação coletiva (Súmula nº 85, item I). Esta reflexão, porém, suplanta o objeto do presente trabalho. Uma convicção inicial sobre o tema conduz à conclusão de que a exigência constitucional é a de negociação coletiva em todos os casos, tanto para a compensação quanto para a redução de jornada. Por isso, no decorrer deste artigo será mantida a referência à negociação coletiva.

a força de trabalho, mas a pessoa do trabalhador, destinatário, como ser livre, de uma série de direitos fundamentais previstos na Constituição. É importante nas relações contratuais trabalhistas que se observe a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, os quais, portanto, também vinculam os particulares. Assim, às prerrogativas do empregador corresponde seu dever de zelo quanto ao cumprimento dos direitos sociais trabalhistas. Controlar a jornada não é só uma prerrogativa, mas uma obrigação que, para o trabalhador, se converte em direito.

O art. 7º, inciso XIII, da Constituição não estabelece sistema de proteção apenas para os casos de relações de emprego sujeitas a controle de horário. Ao contrário, exige que o controle se faça presente em todas as relações de emprego, ainda que para isso seja preciso repensar, repita-se, os mecanismos tradicionais de controle, a fim de inibir a disponibilidade do trabalhador para além do limite constitucionalmente definido⁵.

A referida norma constitucional, ademais, reclama aplicação imediata, nos moldes do art. 5º, § 1º, da Constituição. Por isso mesmo, o potencial restritivo à garantia constitucional se encontra apenas presente nos acordos e convenções coletivas de trabalho, e não na possibilidade de se estabelecerem casos especiais pela legislação infraconstitucional. O art. 62 da CLT não “complementa” a norma constitucional, mas sim com ela se antagoniza⁶.

A relação entre a Constituição e a CLT, na questão da jornada, é de princípio que deveria condicionar a regra, ainda mais em se considerando que o direito ao pagamento das horas excedentes como extras, acrescidas de 50%, igualmente possui patamar constitucional, e sem exceções (art. 7º, XVI).

Considerar a Constituição como uma regra geral tem mantido abertas as possibilidades de abuso, sem respostas adequadas do direito.

O art. 62 da CLT não prevê explicitamente em sua redação que os trabalhadores inseridos naquelas situações funcionais trabalharão para além de 44

5 Contrariamente ao raciocínio aqui exposto, tem-se a decisão da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, RR 733.029/2001.3, Relator Ministro Rider de Brito, julgado em 1º de outubro de 2003, a qual reconhece “a possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer normas específicas para o atendimento a situações diferenciadas, quando as circunstâncias do trabalho não permitem o controle da jornada”.

6 A ideia de complementariedade entre a norma constitucional e a norma infra encontra-se presente na decisão proferida pela 4ª Turma do TST, AIRR 643/2000-007-05-00.9, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, julgado em 09 de junho de 2004.

horas semanais⁷. Embora não o declare, é isso materialmente que a norma infraconstitucional possibilita. Não se pode considerar que seja constitucional o dispositivo em relação ao disposto no art. 7º, inciso XIII, precisamente porque representa a subtração da garantia do limite de jornada em relação a tais trabalhadores. Além dessa contradição, é necessário considerar o que, materialmente, ocorre no mundo da vida, quanto aos excessos e abusos que têm orbitado cotidianamente os contratos de trabalho.

Os chamados “altos empregados” têm sido vítimas de jornadas excessivas e frequentemente permanecem conectados ao trabalho através dos meios modernos de comunicação, para muito além do limite constitucional e em todos os dias da semana (Maior, 2008, p. 200). Segundo Márcia Novas Guedes (*apud* Maior, 2008, p. 201), “a ‘cultural gerencial’, agregada à qualidade total, exige também entrega total; a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa”. Ainda segundo Maior, a subordinação dos “altos empregados” ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família, até porque para eles o desemprego não representa apenas uma desocupação temporária, mas a “interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social” (2008, p. 200).

Acerca de tais empregados, é interessante situar que a redação do art. 62 da CLT, antes do advento da Lei nº 8.966/94, excluía, dentre outros, do regime da duração do trabalho “os gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal” (alínea b).

Delgado (2008, p. 350) elenca os três requisitos exigidos antes de dezembro de 1994 e que restringiam o alcance da exceção do art. 62 da CLT em relação aos cargos/funções de confiança: “a) função e poderes elevados de gestão com respeito à dinâmica da empresa; b) função e poderes de representação; c) inequívoca distinção remuneratória a seus detentores, em face dos demais empregados da mesma organização”.

7 Em decisão da 4ª Turma do TST, RR 771.243/2001.8, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing (na época convocada), julgado em 25 de maio de 2005, ficou assentado que: “a argumentação de que o art. 62 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal, em razão da redação de seu art. 7º, XIII, não é plausível, visto que o artigo consolidado mencionado não estabelece jornada superior às 44 horas semanais, apenas exclui do pagamento das horas extras os trabalhadores que prestam seus serviços sem o controle de horário da jornada”.

Ainda quanto aos exercentes de cargo/função de confiança, a ideia central prevalente no sistema anterior, que conviviam com os tais “casos especiais”, era da representação. Por isso, os ocupantes de cargos meramente técnicos, ainda que em nível elevado na escala hierárquica da empresa, não eram alcançados pela exceção. Da mesma forma ocorria com os “simples chefes de serviço encarregados de função de rotina permanente” (Carrion *apud* Delgado, 2008, p. 351). Também os ocupantes de cargos/funções nominadamente de confiança, mas que não eram destinatários de poderes de elevado mando e representação exigidos por lei, e aqueles que foram habilitados para cargos elevados da carreira, segundo regras objetivas e não apenas em razão da exclusiva vontade do empregador, permaneciam sob a proteção do limite de jornada (Delgado, 2008, p. 351).

Com o advento da Lei nº 8.966/94, ao menos três aspectos diferenciais sobressaíram desde logo: a) deixou de constar explicitamente que os gerentes abarcados pela exceção, exercentes do encargos de gestão, precisariam estar investidos de mandato legal (restou afastado o requisito da concessão de poderes de representação); b) aos diretores foram equiparados os chefes de departamento ou filial; c) estabeleceu-se como padrão distintivo remuneratório a percepção de montante superior, no mínimo, a 40% do salário próprio ao cargo efetivo.

Como é sabido, o empregado cuja situação funcional é alcançada pelo art. 62, inciso II, da CLT, não tem reconhecido direito ao cômputo e ao pagamento de horas extras. Todavia, qual é a incompatibilidade entre a sistemática de controle de jornada e tal circunstância funcional? Parece que aqui a grande questão tem sido a percepção de remuneração em padrão superior ao dos demais empregados.

Mas a distinção remuneratória dos detentores de cargos de gerência, chefia ou similares pode adquirir o significado concreto de suprimir-lhes a incidência do direito fundamental à limitação da jornada? Vantagem econômica, que vem acompanhada de maiores responsabilidades e exigências do cargo, pode autorizar desincumbir o empregador da prerrogativa/dever de controlar o horário de trabalho, afastando o respeito à garantia presente nos limites de jornada constitucionalmente estabelecidos?

Além disso, o fato dos “altos empregados” representarem o “alter ego” do empregador apenas reforça a intensidade da subordinação jurídica, e não sua liberação, tanto que as exigências se farão presentes das mais variadas formas, inclusive quanto à análise da permanente disponibilidade do contratado (sua boa vontade em renunciar a outros aspectos da sua vida pessoal em favor do empreendimento).

A distinção entre os detentores de cargo de confiança e os demais empregados pode prevalecer para outros fins, tais como a possibilidade de retorno ao cargo anterior sem configurar redução salarial; adoção de padrão remuneratório e de outros benefícios de forma diferenciada; atribuição de responsabilidades específicas em razão da gerência ou chefia; substituição por empregado subalterno em períodos não eventuais com direito, deste último, ao salário-substituição, etc.

É certo que os gerentes e demais chefes, em razão da sua peculiar condição, são destinatários, de forma assimétrica, de poderes e prerrogativas que os deixam mais próximos do empregador (Delgado, 2008, p. 349).

Evidentemente, esses poderes e prerrogativas atraem maiores expectativas de desempenho e responsabilidades exigidos dos ocupantes de tais encargos.

No entanto, há se questionar, numa perspectiva constitucional, se essas circunstâncias se convertem em razão juridicamente fundada para afastar o princípio protetivo à pessoa do trabalhador e consubstanciado no limite de jornada. Explicitamente, não é constitucionalmente viável permutar ganho remuneratório por disponibilidade sem limites.

O padrão remuneratório distintivo deveria compensar as maiores atribuições e responsabilidades do cargo, e não abarcar, de forma complexiva, as horas extraordinárias⁸.

É certo, aliás, que a fragilização da garantia constitucional ocorre não só pela presença do art. 62 da CLT, mas também através de outras conexões interpretativas que são feitas de maneira a ampliar o alcance de regra restritiva e que deve atrair sérios questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Note-se, neste contexto, que embora o Tribunal Superior do Trabalho considere como revestida de interesse público a questão do intervalo intrajornada, tanto que representa barreira que limita a autonomia negocial coletiva, não mantém o mesmo tratamento no âmbito do contrato individual protagonizado por ocupante de cargo/função de confiança. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SDI-1 do TST, “é inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e

8 O TST tem entendimento consolidado quanto a rejeitar cláusulas de pagamento complexivo. Nos termos da Súmula nº 91: “nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”.

segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensa à negociação coletiva”. Todavia, o mesmo tribunal, a despeito da questão de ordem pública, não tem reconhecido o direito ao intervalo intrajornada dos trabalhadores abrangidos pelas exceções dispostas em norma infraconstitucional, à falta de controle de jornada. Então, não se permite a negociação coletiva para vulnerar o direito dos trabalhadores ao intervalo intrajornada mínimo, considerando que a matéria se conecta com a saúde do trabalhador, a qual recebe proteção mediante norma jurídica de ordem pública, mas se tolera que isso ocorra em contratos individuais “enquadrados” no art. 62 da CLT⁹. Há, portanto, evidente elasticidade do alcance do dispositivo infraconstitucional, porquanto não apenas se retira dos trabalhadores o direito ao limite de jornada, como ainda fica subtraído o direito ao descanso mínimo intrajornada.

Relativamente aos trabalhadores externos, a exceção também não está autorizada pela Constituição. Tanto neste caso como nos dos exercentes de cargos/funções de confiança, o principal argumento não é – embora este dado seja relevante – a ausência, no art. 7º, inciso XIII, de referência expressa aos “casos especiais” que orbitavam as constituições anteriores, mas sobretudo o primado da igualdade, e igualdade de proteção trabalhista, que se ressentem de exclusões que, na prática, representam excesso de disponibilidade da pessoa do trabalhador, com prejuízo para outros aspectos de sua existência, que vão desde o direito ao descanso até o de preservar espaço privado diverso do meio ambiente do trabalho.

A ausência de marcação ou o registro dos horários de trabalho não significa maior liberdade para o trabalhador. Ao contrário, potencializa-se o traço marcante do contrato de emprego que é a subordinação jurídica. A marcação ou o registro da jornada constitui garantia ao trabalhador de que o limite será respeitado e de que os excessos serão compensados ou pagos como hora extra (art. 7º, inciso XVI, da Constituição).

Tanto os ocupantes de cargos/funções de confiança como os chamados trabalhadores externos permanecem sob o comando diretivo do empregador, o qual é a marca característica da subordinação típica do contrato de emprego. Apenas que, inexistindo o controle formal de ponto, a fiscalização se fará presente de outras formas. A referida ausência de controle formal, portanto, pode justamente significar a presença de controle empresarial mais intenso,

⁹ A título exemplificativo tem-se decisão da 3ª Turma do TST, RR-86/2005-121-04-00, Relator Ministro Alberto Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 05 de novembro de 2008.

traduzido em cobranças de produtividade, metas, desempenho, performance, rotas, etc.

Emprestar juridicidade às exceções presentes no art. 62 da CLT tem adquirido o significado concreto de a proteção constitucional, ou a barreira de fogo que os direitos fundamentais representam¹⁰, não conseguir atuar quando a disponibilidade excessiva do trabalhador efetivamente compromete seu bem-estar e sua liberdade pessoal. Ilustrativo disso é o caso em que o motorista dorme no interior do caminhão e lhe são negadas horas de sobreaviso por não ser possível verificar o tempo de pernoite e porque, dormindo, não aguarda ordens ou é chamado para o serviço, ou porque há incompatibilidade entre dormir e vigiar, ou ainda porque o pernoite do motorista é inerente ao trabalho desenvolvido¹¹.

A discussão acerca do direito ou não dos motoristas que pernoitam no caminhão a receber horas de sobreaviso é altamente reveladora dos abusos que frequentemente ocorrem e que produzem como resultado visível a limitação à liberdade individual dos trabalhadores, que vai desde a mobilidade na vida social até outras dimensões pessoais de difícil enumeração exaustiva.

O atingimento, pelo art. 62 da CLT, de outros direitos relacionados com a disponibilidade do trabalhador, como no caso do sobreaviso, não tem ocorrido apenas em relação aos trabalhadores externos, mas também em face dos exercentes de cargo/função de confiança¹².

Numa situação em que o tempo privado é absorvido pelo tempo do trabalho, qual deveria ser o papel das garantias fundamentais?

10 Os direitos fundamentais como barreira de fogo é expressão utilizada pelo Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, da UnB, sobretudo a partir da teoria de Dworkin.

11 Neste sentido, decisão da 8ª Turma do TST, RR 65/2003-069-09-00.8, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 20 de agosto de 2008. Da mesma forma, destacando a incompatibilidade entre dormir e vigiar e a inexistência de controle indireto de jornada do trabalhador para quantificar o número de horas alusivas ao pernoite, tem-se decisão da mesma Turma no AIRR e RR 736290/2001.2, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, julgado em 04 de março de 2009. Na decisão da 4ª Turma do mesmo Tribunal Superior há referência ao pernoite como inerente à atividade de motorista – RR 446/2002-030-03-00.0, Relator Ministro Barros Levenhagen, julgado em 05 de outubro de 2005.

12 É o que consta na decisão da SBDI-1 do TST, E-RR 6.778/2001-037-12-00.2, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 18 de junho de 2007, tanto que “as horas de sobreaviso são devidas apenas ao trabalhador submetido ao regime normal de duração do trabalho, previsto no capítulo II do título II da CLT. No caso do gerente do art. 62, II da CLT, esse regime é afastado pelo próprio *caput* do preceito consolidado”.

3 – CONCLUSÕES: O USO DO DIREITO CONTRA O DIREITO

O direito fundamental à limitação da jornada tem sido fragilizado pelo art. 62 da CLT, e é necessário tomar cuidado com a banalização da realidade, ou com o excesso de confiança nas certezas.

O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração, e justamente, enquanto postura, exige que os juízes continuem interpretando o mesmo material que se afirma já ter sido interpretado com sucesso (Dworkin, 1999, p. 273).

Segundo Pisarello (2007, p. 79), ainda persiste a concepção em diversos ordenamentos jurídicos de que os direitos sociais não são direitos fundamentais. Isso traz como consequência evidente a inexistência de mecanismos de proteção similares àqueles que visam à garantia dos direitos civis e políticos. Considerar os direitos sociais como diferentes dos direitos fundamentais “sérios” também importa em aceitar que são direitos de livre configuração legislativa, como se sua realização dependesse do legislador, o qual, aliás, discricionariamente, poderia dizer o que fazer ou o que não fazer a respeito deles, sem maiores limites ou vínculos.

Essa concepção comum viola, todavia, a Constituição do Brasil que explicitamente assumiu os direitos sociais como fundamentais e declarou a sua aplicação imediata, o que deve significar a estreita vinculação dos poderes constituídos.

Voltando a Pisarello (2007, p. 79-80), os direitos sociais, na medida em que são reconhecidos em constituições e tratados internacionais, são tão fundamentais como os direitos civis e políticos e devem, em razão disso, ser destinatários de mecanismos potencialmente equivalentes de tutela, incluídos os de tipo jurisdicional.

A limitação da jornada é direito social fundamental de conteúdo trabalhista e alberga norma de ordem pública. Há se reconhecer, por isso, o dever específico de respeito ao seu conteúdo essencial, tanto pelo legislador ordinário quanto pelos tribunais.

A construção, a recepção e a juridicidade atualmente reconhecidas às exceções do art. 62 da CLT desnaturam o direito em questão. Pisarello (2007, p. 85-86) destaca, quanto aos direitos sociais fundamentais, os limites entre a justiça e a política, ou entre juízes e legisladores. A despeito da tensão que permeia a delimitação das atribuições de cada qual para o sistema do direito, é certo que os juízes devem preservar o conteúdo mínimo dos diferentes direitos

e os legisladores devem mantê-los e desenvolvê-los, e nunca aniquilá-los ou desvirtuá-los por ação ou omissão. As exceções antes referidas, porém, significam um vazio de tutela, a despeito da ausência de autorização para tanto contida na Constituição, no caso de certos trabalhadores, em razão dos poderes assimétricos recebidos do empregador, do padrão remuneratório diferenciado ou da dificuldade do controle de jornada. É despropositada, porém, a força que se tem conferido a tais questões práticas, a ponto de servirem como bloqueio à incidência de norma protetiva constitucional.

O que se nota, no apego aos “casos especiais”, é a permanência de um discurso cuja referência é um sistema constitucional que não mais deveria ser presentificado, em razão da superação promovida pela Constituição de 1988. Ora, condicionar e limitar a Constituição a partir da normatividade infraconstitucional equivale a fazer uso do direito contra o próprio direito por meio de pretextos jurídicos¹³.

O respeito à limitação da jornada expressa na Constituição como uma garantia fundamental não se compatibiliza com exceções construídas e amplificadas, em norma infraconstitucional. A Constituição assegura a todos os trabalhadores, sem exceção, a duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, desde 05 de outubro de 1988.

Estabelecer “regimes especiais” adquire, num contexto de supremacia da Constituição, um caráter de discrimen em relação a determinados trabalhadores. A questão não é das atividades laborais que facilitam ou dificultam o controle, mas essencialmente de ver que quem delas se beneficia, e inclusive controla os resultados, o desempenho, a prestação de serviços (daí a presença da subordinação jurídica), deve zelar para que a disponibilidade do trabalhador não suplante o constitucionalmente permitido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

13 Celso Fernandes Campilongo faz referência a este perverso fenômeno denunciando o excesso de formalismos e procedimentalismos que inibem decidir sobre o próprio direito violado, “ou seja, um sistema de *feedback* negativo e não positivo que, sob uma roupagem jurídica, uma fachada jurídica, na verdade se permite corromper, se permite desvirtuar por uma lógica que, na essência, não é jurídica, mas é a lógica do sistema político. Com isso, criam-se recíprocos bloqueios na comunicação jurídica e política” (2000, p. 109).

DOCTRINA

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Fórum administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano I, n. 01, mar. 2001, p. 11-20.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1946. BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. 2. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1967. CAVALCANTI, Themístoles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. por Luís Carlos Borges [revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira] 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação (oito tendências do direito contemporâneo). In: *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo: TRT/2ª Região, n. 2 (semestral), set. 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v.II.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Las reglas del juego: una breve introducción a las normas internacionales del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007.

CONSULTA ELETRÔNICA:

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>, acesso em 04, 05, 06 e 07 jun. 2009.