

Eduardo Lopes Stella

**REFLEXÕES SOBRE O CARGO DE CONFIANÇA:
DA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO AO LAZER**

COGEAE SP

São Paulo

Março / 2017

Eduardo Lopes Stella

**REFLEXÕES SOBRE O CARGO DE CONFIANÇA:
DA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO AO LAZER**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial à obtenção do título de especialização em Direito e Processo do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Chagas.

COGEAE SP

São Paulo

Março / 2017

Eduardo Lopes Stella

**REFLEXÕES SOBRE O CARGO DE CONFIANÇA:
SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO AO LAZER**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial à obtenção do título de especialização em Direito e Processo do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Chagas.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rodrigo Chagas – Orientador

Professor(a)

Professor(a)

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo com consequentes reflexões sobre a compatibilidade entre a figura do empregado exercente do cargo de confiança nos termos do artigo 62, inciso II da Consolidação das Leis Trabalhista e a plena fruição do direito ao lazer, passando pela análise histórica e evolutiva tanto da limitação de jornada como um todo, como também dos gerentes e equiparados e seus requisitos de caracterização. Buscando a reflexão acerca da conformidade prática entre o cargo de confiança com jornada de trabalho ilimitada cumulado com os avanços tecnológicos, que superam praticamente todas as barreiras impostas e conhecidas, e todos os seus deveres e obrigações inerentes ao posto de alto executivo e o direito ao lazer como direito social fundamental à dignidade da pessoa humana, trazendo breves apontamentos sobre as dificuldades impostas e existentes para a satisfação plena deste direito pela categoria em destaque.

Palavras-chave: direito ao lazer; cargo de confiança; poder de gestão; inconstitucionalidade; constitucionalidade; limitação da jornada de trabalho;

ABSTRACT

This paper aims at the study with consequent reflections on the compatibility between the figure of the employee exercising the position of trust under the terms of article 62, item II of the Consolidation of Labor Laws and the full enjoyment of the right to leisure, passing through historical and evolutionary analysis Both of the limitation of the journey as a whole, as well as the managers and the assimilated and their requirements of characterization. Seeking reflection on the practical conformity between the position of trust with an unlimited working day combined with the technological advances, that surpass practically all the barriers imposed and known, and all their duties and obligations inherent to the position of senior executive and the right to the Leisure as a fundamental social right to the dignity of the human person, bringing brief notes on the difficulties imposed and existing for the full satisfaction of this right by the category in focus.

Keywords: Right to leisure; Position of trust; Management power; Unconstitutionality; Constitutionality; Limitation of working hours

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DA JORNADA DE TRABALHO	9
1.1. Aspectos Históricos	9
1.2. Aspectos Gerais	12
1.3. Limites da Jornada de Trabalho.....	16
1.4. Jornada Normal e Extraordinária.....	18
1.5. Período de descanso	24
1.6. Modalidades de Jornada de Trabalho Controlada	25
1.6.1. Turnos Ininterruptos de Revezamento.....	25
1.6.2. Jornada Flexível e Horário Móvel	27
1.6.3. Horas de Sobreaviso.....	31
1.6.4. Jornada Noturna	32
1.7. Impossibilidade de Controle de Jornada	33
2. DO CARGO DE CONFIANÇA	38
2.1. Conceito e Contexto Histórico.....	38
2.2. Requisitos.....	40
2.2.1. Objetivos	41
2.2.2. Subjetivo.....	43
2.3. Ônus da Prova e Configuração	45
2.4. Constitucionalidade.....	47
3. DO DIREITO AO LAZER DO CARGO DE CONFIANÇA	51
3.1. O Lazer como Direito Fundamental.....	51
3.2. Direito ao Lazer do Exercente de Cargo de Confiança.....	54
3.3. Distinção do Direito ao Lazer e Adicional de Horas Extras.....	57
3.4. Jurisprudências	58
CONCLUSÃO	63
BIBLIOGRAFIA.....	65

INTRODUÇÃO

O Direito deve regulamentar as relações sociais, que por sua vez são moldadas de acordo com as características, culturas, interesses, crenças e até mesmo necessidades da sociedade da época.

Assim uma evolução de um cenário no qual predominada a ausência de limitação de jornada de trabalho com o completo desrespeito à dignidade do ser humano para um sistema protetivo, com regras mínimas a serem satisfeitas para o trabalho decente tal como a limitação de jornada de trabalho e ao mesmo tempo com os direitos mínimos necessários a serem respeitados para garantia a vida digna do trabalhador.

Mas é possível que o Direito não acompanhe fielmente as relações sociais, ou ainda que dentre as suas atualizações existam conflitos entre norma, como, aparentemente, ocorre na coexistência do binômio jornada de trabalho ilimitada por força do artigo 62, II da CLT e do direito ao lazer.

Neste trabalho vamos apresentar pontos e argumentos buscando a reflexão quanto a compatibilidade dos dois institutos e das realidades existentes nos organogramas empresariais.

Como premissa devemos ter que, como dito, a evolução das relações sociais ocorre diariamente sem necessária a regulação jurídica, mas acompanhada desta evolução social temos, no mesmo ritmo senão em maior, a evolução tecnológica, que possibilita o rompimento das barreiras existentes, possibilitando o acompanhamento e trabalho à distância.

Analisando principalmente o empregado exercente de cargo de confiança temos que, normalmente, em razão da sua grande importância na organização empresarial se faz necessário que ele esteja sempre disponível para agir e tomar decisões, o que ocasiona uma jornada de trabalho exaustiva, quando necessário que permaneça na sede da empresa, ou que impeça o empregado de se desconectar do ambiente de trabalho, uma vez que, mesmo longe da sede da empresa, ele acaba ficando conectado por meio das ferramentas tecnológicas disponíveis.

Assim, os meios telepáticos e tecnológicos permitem, e muitas vezes por exigência do empregador de fato ocorre, que empregado continue conectado ao ambiente de trabalho, impedindo que a completa desconexão para a recuperação física e mental, bem como, impedindo que o empregado exercente do cargo de confiança usufrua do seu tempo após o terminado da jornada para satisfação do direito de lazer.

1. DA JORNADA DE TRABALHO

1.1. Aspectos Históricos

A duração do trabalho nem sempre foi devidamente regulamentada pelo homem, muito pelo contrário, na Antiguidade assim como na Idade Média, os limites existentes para a duração do trabalho não eram delimitados pelo homem, mas sim estabelecidos pela força da natureza, por fatores como iluminação solar, condições climáticas e estações do ano, mas também pela limitação física daqueles que realizavam as atividades, os escravos.

Importante lembrar também que não existia regulamentação também porque não era de interesse daqueles que detinham o poder para tanto, pois a sociedade já se baseava e utilizava de normas para regular as relações sociais existentes e já existiam normas, ainda que arcaicas, que apontavam os direitos e deveres de cada indivíduo da época.

Claro que a preocupação da época não era com a dignidade da pessoa humana, saúde e segurança ou a vida do trabalhador, ou melhor, do escravo responsável pela realização das atividades na Antiguidade, mas sim basicamente a proteção da posse e propriedade, categoria na qual se enquadrava o trabalhador considerado apenas como coisa e sem qualquer direito.

Com o decorrer dos anos o homem aprendeu a superar seus limites conhecidos à época e expandindo seu intelecto conseguiu avanços tecnológicos tornando, o que antes era o limite imposto, apenas mais um obstáculo a ser transgredido.

Contra a limitação de jornada imposta pela falta de iluminação criou-se a lamparina de gás e semelhantes, contra as condições climáticas e variações de estações do ano passou-se a utilizar vestimentas mais adequadas para cada situação específica. Contra o limite físico percebeu-se que o homem não podia trabalhar de forma ininterrupta, mas que eram necessários períodos de descanso.

Pois bem, assim superou-se quase que por completo os limites que o homem conhecia, possibilitando inclusive o que hoje se entende por trabalho noturno, claro que sem as regras de hora reduzida, adicionais e demais regras e direitos aplicáveis.

Com o decorrer da História, compreendeu-se que o homem não podia ser tratado como uma mera coisa, que era detentor de direitos, claro que não se reconheceu de plano todos os direitos que hoje são conhecidos.

Durante a Idade Moderna, principalmente com a explosão da Revolução Francesa, no século XVIII, e com os princípios liberdade, igualdade e fraternidade, aplicou-se indiscriminadamente a ideia de liberalismo nas relações contratuais e trabalhistas, permitindo que a exploração do capital humano ocorresse irrestritamente. Claudia José Abud¹ aponta que “o predomínio do liberalismo relativo às relações trabalhistas fez crescer o problema da exploração do trabalho, com a instituição de jornadas de quinze, dezesseis, dezessete e até dezoito horas diárias”.

As explorações trabalhistas somente passaram a apresentar uma pequena mudança de cenário durante o período da Revolução Industrial, na verdade houve apenas uma mudança de foco, talvez até somente o acréscimo de uma nova forma de exploração, com os avanços tecnológicos e mecanização de muitas das atividades dos trabalhadores.

Neste período exploraram-se muitas mulheres e crianças em razão da falta de mão de obra adulta, da redução dos custos para utilização de crianças e mulheres e da suposta dificuldade de se ensinar aos adultos as novas técnicas industriais necessárias. Mas as jornadas continuaram a ser excessivamente longas, durando de quinze até dezesseis horas diárias.

Durante esse período de Revolução Industrial foi quando as primeiras associações de trabalhadores começaram a se reunir visando buscar e defender a melhorias de condições de trabalho. Em 1830, na Escócia, surgiu o movimento operário organizado, “*trade unions*”, que tinham como objetivo redução da jornada de trabalho para oito horas diárias.

Em 1847, o Parlamento inglês aprovou a primeira lei sobre jornada de trabalho que limitava a dez horas diárias. Logo em seguida, em 1848, a França reduziu a jornada diária para dez horas, mas perdurou por pouco tempo. No mesmo ano, em razão de forte pressão dos empregadores, o limite da jornada de trabalho diário foi para doze horas diárias.

Em paralelo, muito outros países seguiram essa tendência, que acabou tornando-se mundial, cada um estabelecendo o limite que julgava adequado para a sua cultura e sociedade, mas que, independente de qual o novo limite imposto para a jornada de trabalho, todos representaram uma redução. A Suíça fixou a jornada de trabalho limitada a 11 horas diárias; a Áustria, em 10 horas; a Rússia em 10 horas também e a Austrália em 8 horas.²

Em 1866, enquanto nos Estados Unidos da América eram realizados vários Congressos de Operários visando impor um limite para a jornada de trabalho, na Europa as manifestações e protestos aumentavam. Por fim, em 1891, o Papa Leão XIII publicou a

¹ ABUD, Claudia José. **Jornada de Trabalho e a Compensação de Horários**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 19.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39ª Edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 284.

*Encíclica Rerum Novarum*³, apoiando a intervenção estatal nas relações de trabalho, com salário justo e posicionando-se contra a jornada excessiva. A influência da *Encíclica* ganhou força e acabou servindo com um dos pilares da limitação de jornada.

Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso de fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como sua natureza, tem limites que não se podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho não deve exceder à força dos trabalhadores e, a quantidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, realizou no mesmo ano a 1ª Conferência, onde foram adotadas seis convenções. A primeira delas atendeu ao movimento sindical e operário da época e estabeleceu a limitação da jornada de trabalho em oito horas diárias e 48 semanais.

Em 1935 a OIT editou a Convenção n.º 47 que prevendo carga horária semanal de 40 horas e em 1962 a Recomendação n.º 116 que orienta pela redução progressiva da jornada de trabalho, sem redução diminuição salarial.

A tendência de fixação de limite de jornada continuou a ser adotada mundialmente, seguindo, inclusive, com estabelecimento de um limite inferior ao histórico, de 8 horas, assim fizeram no início do século XX, Uruguai, Suécia, França em partes, Equador, Rússia, Finlândia, México, Alemanha, Itália e Inglaterra⁴.

O Brasil, por sua vez, não ratificou a Convenção n.º 1 da OIT e ainda demorou alguns anos mais para começar a regular com efetividade a jornada de trabalho dos trabalhadores.

Na década de 30 a legislação começou a ser desenvolvida no território nacional, mas forma segregada. Foram editados diversos decretos um para cada ramo de atividade e alguns com limites de jornada distintos.

O Decreto n.º 21.186, estipulou o limite de oito horas diárias para os trabalhadores do comércio, o mesmo limite impôs o Decreto n.º 21.364 para a indústria, o n.º 22.979 para Barbearias, o Decreto n.º 23.084 para farmácias, o Decreto n.º 23.104 para as

³ Papa Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. 1981. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em 07. Mar.2017.

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p.284-285.

panificadoras. Para os bancos, casas de diversão o limite era de seis horas de acordo com os Decretos n.º 23.152 e 23.322. E para as casas de penhores o limite imposto foi de sete horas (Decreto n.º 24.634)⁵.

Logo em seguida a edição dos decretos foram promulgadas as Constituições de 1934 e 1937 que passaram a regular a questão do limite de jornada, não mais de forma individual e por ramo de atividades como faziam os decretos, mas de forma geral e aplicável a todos.

A Constituição Federal de 1934 previu na alínea *c* do §1º do artigo 121⁶ que o limite diário era de oito horas diárias, com possibilidade de prorrogação de jornada nos termos da lei. A Constituição de 1937 seguiu a mesma previsão em seu artigo 137 inciso I.

Em 1943 a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) foi promulgada com previsão expressa de regra geral para jornada de trabalho, tendo como limite de oito horas diárias para os trabalhadores comuns e mantendo a previsão esparsa para categorias diferenciadas como professores.

As Constituições seguintes, de 1946 e 1967, mantiveram o limite de oito horas diárias e quarenta e oito semanais, sendo que aquela passou a prever expressamente também a necessidade de intervalo para descanso.

Por fim, a atual Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 7º, como direito social e fundamental, em seu inciso XIII⁷, que a jornada normal não poderá ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, com possibilidade de compensação e redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

1.2. Aspectos Gerais

⁵ ABUD, Claudia José. **Jornada de Trabalho e a Compensação de Horários**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 23.

⁶ “Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. §1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstas em lei. ” Constituição Federal de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 16.mar.2017

⁷ “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 de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. ” Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16.mar.2017.

Como alicerce insta salientar a delimitação do termo “jornada de trabalho”. Para Mauricio Godinho Delgado⁸ a jornada de trabalho corresponde ao “lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato”. Assim, não se computam os intervalos ou paralisações realizadas, levando-se em consideração tão somente o período em que o trabalhador está efetivamente sobre o manto do empregador, efetivamente prestando serviços ou a disposição para tal prestação.

Aqui podemos fazer o destaque da grande importância da jornada de trabalho do empregado em face do contrato de trabalho firmado com o seu empregador, isso porque ela é a medida pela qual se valora, de forma genérica e via de regra, o trabalho do empregador.

O tempo que o empregado se coloca à disposição do empregador para uso da sua força de trabalho corresponde à contraprestação para o pagamento da sua remuneração, sendo, portanto fator imprescindível para a equação da relação de emprego.

Sendo assim, como bem ressalta Mauricio Godinho Delgado⁹, diante do uso indevido de expressões como “jornada mensal”, “jornada semanal” e até mesmo “jornada anual” torna-se oportuna à distinção das expressões de duração de trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho.

A expressão duração do trabalho nos parece ser de fato a mais ampla, correspondendo à mensuração do lapso temporal de efetivo labor ou disponibilidade do empregado ao seu empregador em razão do contrato de trabalho existente.

Entendemos que assim pensou também o legislador constitucional e infraconstitucional, vendo que a Constituição Federal utilizou a terminologia de duração do trabalho para elucidar que a duração do trabalho normal é aquela não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (artigo 7º, XIII) e a CLT, a nível infraconstitucional, nomeou o capítulo que trata sobre a jornada de trabalho diária, mensal, dos intervalos e demais repousos como “Da Duração do Trabalho” (Capítulo II, composto dos artigos 57 ao 75).

Seguindo na análise terminológica das expressões partimos da expressão mais ampla, duração do trabalho, para a mediana, se é que é possível fazer essa valoração, a jornada de trabalho.

⁸ Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 876.

⁹ Ibid., p. 880

Como dito anteriormente jornada de trabalho corresponde ao tempo de prestação de serviço ou que se está disponível ao empregador por força do contrato de trabalho.

A etimologia da palavra “jornada” com origem na palavra italiana *giornata* aponta para o significado de “dia”, sendo assim podemos dizer que a jornada de trabalho correspondente ao tempo diário de efetivo labor ou à disposição do empregador por força contratual.

Para fixação e melhor definição de jornada de trabalho a doutrina elencou critérios, ou teorias para alguns doutrinadores¹⁰, para enquadramento do tempo como jornada de trabalho. A doutrina majoritária aponta a existência de três critérios para tanto: i) o tempo efetivamente trabalhado; ii) tempo à disposição do empregador; e iii) tempo de deslocamento. Esses critérios são apontados por Mauricio Godinho Delgado¹¹, Amauri Mascaro Nascimento¹² e Sergio Pinto Martins¹³.

O primeiro apontado nada mais é do que o tempo efetivamente trabalhado ao empregador, excluindo-se do o tempo à disposição e o computo os intervalos e paralisações onde a prestação de serviços esteja suspensa. É exatamente nesta última parte que é aplicada a crítica, não pode-se excluir do computado de jornada de trabalho os intervalos, visto que existem hipóteses no ordenamento jurídico em que tais intervalos devem ser computados como parte integrante de jornada e, inclusive, são remunerados, como é o exemplos do intervalo de 10 minutos para cada 90 minutos de trabalho consecutivo daqueles empregado nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), decorrente do artigo 72 da CLT¹⁴.

O segundo critério, ou teoria, é aquele que corresponde a jornada de trabalho não somente do período efetivamente trabalhado como dispõe a primeira, mas considera-se também o período à disposição do empregador, ainda que não haja o efetivo labor, levando-se em conta tão somente como tempo à disposição no centro de trabalho, não se computando o tempo de deslocamento, que será objeto da terceira teoria.

¹⁰ Amauri Mascaro Nascimento aponta tais fatores como teorias de jornada de trabalho.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 882

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39ª Edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 293.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 512-513.

¹⁴ “Art. 72. Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculos), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal do trabalho”. CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

A terceira aponta para o reconhecimento do tempo gasto pelo trabalhador com o deslocamento da sua residência para o trabalho e do trabalho para a sua residência como parte integrante da jornada de trabalho. Este critério ou teoria é adotado pela legislação acidentária do trabalho, nos termos do artigo 21, VI, “d” da Lei n.º 8.213/91. Mas o artigo 58, §2º da CLT juntamente com a Súmula 90 do TST¹⁵, também possibilitam que o tempo de deslocamento seja considerado como jornada de trabalho nos casos em que o local da prestação de serviço for de difícil acesso ou não servido por transporte público e o empregador fornecer a condução¹⁶.

Parece-nos que o sistema jurídico brasileiro adotou esta como regra padrão para determinada da jornada de trabalho, conforme termos do artigo 4º da CLT. Amauri Mascaro Nascimento¹⁷ aponta a existência de uma diferenciação inicial, entre a lei e jurisprudência. Segundo ele, o fato do Tribunal Superior do Trabalho editar a súmula n.º 90, representou a adoção da terceira teoria pelo colegiado. Não nos parece o caso, a nosso ver, o TST deu somente uma interpretação extensiva ao artigo 4º, criando requisitos básicos para que o deslocamento fosse caracterizado como tempo a disposição do empregador.

Retornando as distinções, resta elucidar o conceito de horário de trabalho, que dentre as expressões correlatas é a mais restrita. Em rápida síntese o horário de trabalho é o lapso temporal entre o termo inicial e o termo final da jornada de trabalho, pelo menos esse é o conceito geral apontado pela doutrina. Cláudia José Abud, por sua vez, traz uma definição, que a nosso ver, merece destaque:

Horário de trabalho, a nosso ver, é a marcação dos momentos em que o empregado inicia e termina a sua atividade laborativa diária, ou seja, a hora

¹⁵ *Súmula nº 90 do TST. HORAS IN ITINERE. TEMPO DE SERVIÇO. I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 16.mar.2017.*

¹⁶ *Insta salientar que, nos termos da Súmula 320 do TST, a onerosidade do transporte fornecido pelo empregador é irrelevante. Súmula nº 320 do TST. HORAS IN ITINERE. OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas *in itinere*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 16.mar.2017.*

¹⁷ *NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 39ª Edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 294*

em que a atividade começa e a hora em que termina. Entre o início e o fim do trabalho diário ocorre a jornada de trabalho e não horários de trabalho¹⁸.

Como dito anteriormente, o lapso temporal entre o início e o fim do labor corresponde a jornada de trabalho, não podendo assim, *data maxima vênia*, o horário de trabalho também ser definido como esse mesmo lapso temporal.

Logo o horário de trabalho deve ser tratado pela interpretação literal, ou seja, correspondente ao efetivo horário de início e término da obrigação contratual do empregado de prestar labor ao empregador e não o lapso temporal entre eles.

1.3. Limites da Jornada de Trabalho

A duração excessiva do trabalho acaba por demonstrar reflexos negativos de natureza física, social, econômica e até mesmo moral, podendo inclusive resultar em efeitos catastróficos para o próprio trabalhador ou até mesmo para terceiros estranhos a relação de emprego.

A limitação da jornada de trabalho busca, de forma simplória, a saúde física e mental do trabalhador, objetivando também, de forma adjacente, a satisfação da dignidade do trabalhador como direito fundamental e social.

Assim, por todas as questões que envolvem o tema, seus reflexos e fundamentos, a limitação é uma norma de ordem pública, isto é, é de interesse do Estado a estipulação de limite da jornada de trabalho, buscando que o trabalhador possa ter o descanso devido e que não haja abusos pelo empregador.

Sérgio Pinto Martins¹⁹ aponta quatro fundamentos para justificar a existência da limitação da jornada de trabalho: a) biológicos; b) econômicos; c) sociais; e d) humano.

Iniciando pelos aspectos biológicos, também denominados de fisiológicos por Orlando Gomes²⁰, os efeitos da jornada de trabalho excessiva sobre o corpo humano podem se demonstrar de formas variadas de acordo com o metabolismo de cada indivíduo. Mas podemos apontar de forma ilustrativa alguns desses efeitos como o aumento da fadiga, a diminuição ou até mesmo a perda de reflexos, sonolência e aumento de irritabilidade.

¹⁸ ABUD, Claudia José. **Jornada de Trabalho e a Compensação de Horários**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 15.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 515.

²⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 295.

Esses fatores podem provocar danos aos próprios trabalhadores e até mesmo a terceiros estranhos, inclusive, à relação de trabalho.

De fato, os possíveis efeitos da jornada de trabalho ilimitada, ou melhor, excessiva são nefastos à saúde do trabalhador, podendo provocar quadro clínicos complicadíssimos, como doenças e até distúrbios psicológicos, isso sem falar na possibilidade de ocorrência de acidentes de trabalho com consequências terríveis e irreversíveis.

Os fundamentos econômicos por sua vez, são voltados mais para a sociedade do que para o empregado propriamente dito. Com a limitação de jornada de trabalho o empregador encontra-se obrigado a contratar mais funcionários para preencher eventual necessidade de aumento de produtividade por período, possibilitando assim a criação de novos postos de trabalho e contribuindo para a diminuição do desemprego.

Há inclusive um interdependência entre o aspecto biológico e o econômico, isso porque o desgaste físico e mental, e até os eventuais afastamentos por doenças ou acidente de trabalho ocasionados pela jornada de trabalho, interferem diretamente na produtividade e eficiência dos empregados gerando um considerável desfalque econômico ao empregador, que por sua vez, num efeito dominó, acabado repassando o problema para a sociedade através de elevação de preços de mercadorias e serviços.

Os sociais, além dos efeitos reflexos descritos dentro dos fundamentos econômicos, representam o direito do empregado de usufruir seu tempo livre para lazer, convívio em sociedade e familiar, o maior tempo livre ao empregador possibilita também a melhor qualificação profissional, caracterizando novamente nova interligação com os fundamentos econômicos, uma vez que, com a melhoria da qualificação profissional novas e melhores oportunidades de emprego.

Ainda no âmbito dos aspectos sociais, devemos destacar que além da cristalina convicção de que os fundamentos, reflexos ou resultados da jornada excessiva dependem muito de cada empregado, cabe lembrar também depende do momento histórico, da sociedade em que está inserido e até mesmo da categoria profissional do trabalhador.

Por fim, o aspecto humano corresponde a diminuição dos acidentes de trabalho, tendo que visto que é cediço que boa parte dos acidentes são causados por fadiga.

Se avaliarmos o momento atual, constataremos uma sociedade extremamente capitalista, com exigências quase que desumanas, se não efetivamente desumanas, por isso devemos exaltar a necessidade da limitação de jornada de trabalho.

É, portanto, imprescindível, independentemente do fundamento adotado, a existência de limites jornada de trabalho, pois além de evitar a ocorrência dos efeitos

negativos, permite ao empregado gozar da vida, participando da comunidade, praticar esportes, eventos culturais, conviver em família, exercer de forma ampla e com grande amplitude os seus direitos fundamentais e sociais.

1.4. Jornada Normal e Extraordinária

Atualmente a duração normal do trabalho, regulamentada, como regra, pelo artigo 7º, XIII da Constituição Federal de 1988, que fixou a como sendo a jornada não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sendo facultada compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de jornada de trabalho.

Vale a pena destacar que a estipulação é pelo limite máximo de jornada de trabalho, podendo, portanto, existir a negociação entre o empregado e o empregador para a estipulação de jornada de trabalho inferior ao máximo determinado pela Constituição Federal ou Convenção Coletiva.

Mas como dissemos a previsão constitucional é meramente a regra, a legislação brasileira possui em seu ordenamento algumas regras de jornada de trabalho para determinada categoria de profissionais.

Para os bancários, o artigo 224 da CLT²¹ estipulada uma jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias para dias úteis, exceto sábados, e de 30 (trinta) semanais. A ressalva quanto a essa categoria é que a limitação de jornada descrita é aplicável somente para aqueles não dotados de cargo de confiança ou direção.

Isso porque o parágrafo 2º do artigo 224 da CLT²² excetua aquele empregado de cargo de confiança do limite de 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) semanais, desde que receba a gratificação de no mínimo 1/3 (um terço), e comprove as suas reais atribuições de gestor. Nesta hipótese a jornada de trabalho será limitada a 8 (oito) horas diárias e 40

²¹ “Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho semanal”. CLT. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017

²² “§2º. As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja interior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo”. CLT. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

(quarenta) semanais, tudo com consonância com a Súmula 102²³ do Tribunal Superior do Trabalho.

A categoria dos advogados também possui uma jornada de trabalho específica determinada em legislação extravagante. O Estatuto da Advocacia e da OAB, em seu artigo 20 prevê que “a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva”.

Em que pese nos parecer que no caso específico do advogado a motivação da limitação da jornada não ser a mesma para os demais casos, entendemos que para estes a jornada reduzida visa proteger e possibilitar que o advogado exerça livremente a profissão até mesmo em casos nada relacionados com o seu empregador, enquanto para os demais caso o fundamento recai sobre aqueles aspectos sociais, biológicos e econômicos já citados anteriormente, deixando claro, porém, que estes não são aplicáveis ao advogados mas são complementados.

Existem outras limitações imposta da jornada de trabalho de categorias espaciais que fogem daquela prevista constitucionalmente, tais como para telefonistas, radiotelegrafia, médico dentre outros, que não nos aprofundaremos neste trabalho para não fugir do tema.

Em oposição a jornada normal de trabalho temos a jornada extraordinária. Mauricio Godinho Delgado²⁴ aponta que a expressão jornada extraordinária é utilizada, de

²³“Súmula 102. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA
 I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos.
 II - O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis.
 III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3.
 IV - O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava.
 V - O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art. 224 da CLT.
 VI - O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta.
 VII - O bancário exercente de função de confiança, que percebe a gratificação não inferior ao terço legal, ainda que norma coletiva contemple percentual superior, não tem direito às sétima e oitava horas como extras, mas tão somente às diferenças de gratificação de função, se postuladas. (ex-OJ nº 15 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 16.mar.2017.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 936-937.

maneira equivocada, de forma genérica para a ocorrência de jornada meramente suplementar e jornada suplementar extraordinária.

Para o doutrinador a jornada meramente suplementar seria aquela prorrogação comum, previsível e certa que faz parte inclusive do próprio contrato de trabalho celebrado entre o empregado e seu empregador. Aponta que esta modalidade de jornada seria ocasionada por dois fatores: pelo acordo bilateral escrito de prorrogação de jornada de trabalho (ou acordo coletivo equivalente) ou pelo acordo compensatório (concretizado pelo banco de horas com fundamento no artigo 59, §2º da CLT²⁵ e no artigo 7º, XIII da Constituição Federal).

Enquanto a jornada suplementar extraordinária correspondente àquela prorrogação de jornada de trabalho incomum, não esperada, que foge ao controle do empregador ou empregado.

No âmbito da CLT essa jornada suplementar extraordinária correspondente as hipóteses de atendimento a necessidade imperiosa, seja por motivo de força maior, seja para atender a realização ou conclusão de serviços inadiáveis, ou serviços cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto. Essas ocorrências tem caráter transitório e excepcional, não sendo permitida a sua manutenção com habitualidade.

Compartilhamos do entendimento quanto a divisão da jornada extraordinária, posto que devemos nos atentar que a tanto a previsão infra quanto a constitucional de limite de jornada permitido, e vai além, a própria legislação já reconhece a licitude da realização de horas extras e prevê a contrapartida de pagamento de horas extras com respectivo adicional para aquelas horas de labor que ultrapassem o limite constitucional, tudo limitado a realização de duas horas extras diárias.

Mas o próprio ordenamento jurídico reconhece uma possibilidade de se transcender o limite de duas horas extras diárias, que seria a prorrogação do período de horas extras. Portanto a divisão das horas extras como sendo suplementas, aqueles até o limite de duas horas extras diárias, e suplementares extraordinárias, como sendo aquelas hipóteses que

²⁵ “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. CLT. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017

§2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas de um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que ao exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. ” CLT. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017

é permitida a realização de até quatro horas extras diárias (previstas no artigo 61 da CLT e que abordaremos com maiores detalhes a seguir), nos parece adequada e pertinente.

Independentemente dessa diferenciação a realização da jornada extraordinária, de forma genérica, tem um efeito imediato que é o dever do empregador de pagar o adicional das horas extras realizados pelo empregado.

As horas extras devem ser pagar com adicional não inferior a 50%, por força do artigo 7º, XVI da Constituição Federal.

Mas a realização ou ocorrência de jornada extraordinária, pelos fundamentos já explicados anteriormente e outros que virão, não é ilimitada.

De acordo com o artigo 59 da CLT a duração normal da jornada de trabalho poderá ser prorrogada em número não excedente a duas horas extras por dia, mediante acordo escrito entre empregador e empregado ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Mas existe a exceção a este limite, legalmente prevista no artigo 61 da CLT²⁶, quando por motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, o limite diário de horas extras, é a realização de quatro horas extras por dia.

Pois bem, assim temos que a regra para a realização das horas extras é o limite de duas horas diárias, podendo ser prorrogado por mais duas horas, portanto, o limite passa a ser de quatro horas diárias, mas há restrição para o aumento da carga horária, somente sendo viável por força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

A própria CLT define a força maior como sendo “todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente” (artigo 501 da CLT), com o intuito claro de evitar o subjetivismo da expressão.

²⁶Art. 61. Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

§1º. O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§2º. Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite”. CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017

Assim, ante a objetivação do que deve ser considerado como força maior pelo legislador trabalhista, cabe ressaltar que é absolutamente inviável a qualificação de variação de mão de obra ou aumento previsível de trabalho como força maior, e nesse sentido já temos decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo que destacamos abaixo a ementa da decisão do Regional da 14ª Região:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADAS DE TRABALHO EXCESSIVAS. VARIAÇÃO DA OFERTA DE MÃO DE OBRA. ELEMENTO COMUM DA DINÂMICA DO MERCADO ECONÔMICO. DIMINUIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO FORÇA MAIOR. ART. 61 DA CLT. INEGIBILIDADE DE JORNADA ACIMA DO LIMITE LEGAL TOLERÁVEL DE 10 HORAS. ART. 59 DA CLT. A variação da oferta de mão de obra não pode ser considerado como fator não previsível pelo empregador, porque trata-se de elemento afeito à dinâmica do mercado econômico, fator esse que está inserido no risco natural da atividade empresarial, não se caracterizando, desta forma, a alegada força maior prevista no art. 61 "caput" da CLT, autorizadora da exigência unilateral de jornada de trabalho acima do limite legal tolerável de 10 horas diárias (art. 59, CLT), de forma que, como tal, sua ocorrência não justifica o descumprimento da legislação trabalhista quanto à jornada de trabalho.²⁷

Além da ocorrência de força maior, a necessidade de realização de serviços inadiáveis também possibilita a extrapolação do limite legal de horas extras, mas neste tópico cabe uma ressalva, não deve a expressão ser interpretada de forma tão simplória, isso porque não será considerado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público do trabalho nem pelo poder Judiciário como serviço inadiável capaz de gerar prejuízo aquele ato ou situação gerada pelo próprio empregador.

Neste sentido, destaco a ementa abaixo do Tribunal Superior do Trabalho na qual a tese defensiva foi afastada pelo tribunal, sob argumento de que o acréscimo de trabalho foi gerado pela própria empresa e que somente devem ser considerados hábeis a justificar a extrapolação situações acidentais e imprevisíveis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO. AUTO DE INFRAÇÃO. HORAS EXTRAS. SERVIÇOS INADIÁVEIS. NORMA COLETIVA. O e. TRT considerou correto o auto de infração lavrado pela fiscalização empreendida pela Delegacia Regional do Trabalho, pois o empregador submeteu seus empregados a jornadas superiores aos limites estabelecidos no artigo 59, caput, da CLT e que as

²⁷ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Processo 0000437-77.2010.5.14.0001, Relator Desembargador Vulmar de Araujo Coelho Junior, Primeira Turma, Data de Julgamento: 30/08/2010, Data de Publicação: 06/09/2010. Disponível em: <http://pesquisa.trt14.jus.br/db/rac-scan/INDEX_ACORSENTMONO_GSA/azE9MiwxODY2OTEz>. Acesso em: 14.nov.2016.

causas exceptivas previstas no artigo 61 da CLT não se encontravam presentes. Incólumes os artigos 5º, XXXVI, da CF e 59 e 61 da CLT. Não há falar, também, em violação dos artigos 7º, XIV e XXVI e 8º, III, da Constituição Federal, pois a v. decisão regional assentou que a norma coletiva acostada aos autos não autoriza a prorrogação de jornada fora dos limites previstos no art. 61 da CLT, uma vez que o negócio jurídico que ocasionou o acréscimo de serviços foi praticado pela empresa-autora, tendo em vista que esta, ao impugnar o auto de infração, consignou: "...os empregados estavam efetuando o labor extraordinário em razão da necessidade de cumprimento de um contrato firmado pela Demandante, e que o atraso na entrega dos produtos envolvidos na avença redundaria no pagamento de multa contratual de alto valor, levando-se em conta a vultuosidade do negócio jurídico praticado..." (fl. 355). Agravo de instrumento conhecido e desprovido.²⁸

Desta forma, estando caracterizada a força maior ou a necessidade de realização de serviços inadiáveis (acidentais e imprevisíveis), resta autorizada a realização de 4 horas extras diárias nos termos da CLT, ocorrendo assim a superação do limite legal originário de labor extraordinário, mas a legislação exige que seja tomada uma providência administrativa, se faz necessária a comunicação à autoridade competente em matéria de trabalho, no caso ao Ministério do Trabalho e Emprego, conforme determinada o §1º do artigo 61 da CLT.

Será computado como hora extra o lapso temporal entre o horário contratual para o término da jornada de trabalho e o efetivo horário de encerramento das suas atividades laborais. Todavia não será considerado como jornada extraordinária as variações não excedentes a 5 (cinco) minutos, observado o limite máximo de 10 (dez) minutos diários, nos termos do artigo 58, §1º da CLT.

Um segundo efeito imediato é o da integram das horas extras prestadas com habitualidade ao seu salário para todos os fins, com reflexos nas parcelas trabalhistas salariais e previdenciárias.

Na hipótese dessas horas extras habituais serem por período não inferior a 1 (um) ano, em caso de supressão, total ou parcial, pelo empregador o empregado terá direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, para cada ano ou

²⁸ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 12133520105030017 AIRR, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Julgamento: 29/06/2015, Data de Publicação: 02/07/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201213-35.2010.5.03.0017&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAMwrAAH&dataPublicacao=02/07/2015&localPublicacao=DEJT&query=%27AGRAVO%20DE%20INSTRUMENTO.%20RECURSO%20DE%20REVISTA.%20FISCALIZA%C7%C3O%20DO%20TRABALHO.%20DELEGACIA%20REGIONAL%20DO%20TRABALHO.%20AUTO%20DE%20INFRA%C7%C3O.%20HORAS%20EXTRAS.%20SERVI%C7OS%20INADI%C1VEIS.%20NORMA%20COLETIVA%27>>. Acesso em: 14.nov.2016.

fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviços extraordinários, esse é o entendimento da jurisprudência majoritária consolidada pela súmula 291 do TST²⁹.

Esses são apenas dois efeitos imediatos causados pela ocorrência de horas extra ou de labor em si além do horário contratual, mas os efeitos vão muito além destes meramente econômicos como pretendemos demonstrar durante esse trabalho.

Pois bem, para a apuração da existência de eventuais horas extras e da jornada de trabalho do empregado, com verificação da correta ou não limitação, abuso ou até mesmo fraude, se faz necessário que exista um controle e até mesmo a fiscalização do poder público, e por consequência que seja esclarecido a necessidade ou não do pagamento de horas extraordinárias ao empregado.

1.5. Período de descanso

Os períodos de descanso dentro da jornada de trabalho do empregado, aos menos os intervalos legais e gerais aplicáveis a todos os empregados, são aqueles que têm como objetivo principal o descanso e a alimentação dos empregados, são os intervalos interjornada e intrajornada.

O intervalo interjornada é o período correspondente ao lapso temporal entre o término de uma jornada e início da seguinte, devendo não ser inferior a 11 horas consecutivas, conforme previsto no artigo 66 da CLT³⁰, destinado claramente ao descanso do trabalho para que possa se desconectar do ambiente de trabalho para o descanso físico e mental.

Enquanto o intervalo intrajornada, correspondente ao período de descanso e refeição dentro da jornada de trabalho, regulamento no artigo 71 e seus parágrafos da CLT, sendo que para a jornada de trabalho superior a 6 horas diárias o intervalo deve ser de no mínimo 1 hora e no máximo 2 horas; caso a jornada seja inferior a 6 horas, mas superior a 4 horas o intervalo obrigatório será de 15 minutos.

²⁹Súmula nº 291 do TST. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 16.mar.2017.

³⁰Art. 66. Entre 2 (duas) jornada de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso." CLT. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

O desrespeito a qualquer destes intervalos, acarreta para o seu empregador, para aqueles que possuem a jornada controlada, o pagamento de horas extras.

Mas não se deve analisar somente pelo aspecto econômico ou somente pelo viés da jornada de trabalho, o ponto de maior impacto, maior prejuízo para empregado talvez seja imensurável, é a consequência na saúde do trabalhador.

Os intervalos devem ser considerados como medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, adquirindo assim o fundamento constitucional, no artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal³¹.

Sem dúvida alguma a fruição dos intervalos por completo é parte fundamental para a preservação da higidez física e mental do empregado, que além de contribuir para a saúde do trabalhador evita a fadiga excessiva, e por consequência, diminui o risco de ocorrência de acidentes de trabalho.

1.6. Modalidades de Jornada de Trabalho Controlada

Como já dissemos anteriormente, a regra adotada pela legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, é pela limitação de jornada, isto é, pela jornada de trabalho controlada e com limite diário de oito horas diárias ou 44 semanais.

Para qualquer empresa que possua em seu quadro de funcionários quantidade superior a 10 empregados deve manter o controle de jornada destes, que deverá ser realizado de forma eletrônica na forma da Portaria nº 1.510/09 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Mas ainda dentro desta regra modalidade de jornada de trabalho controlada, podemos ter diversas formas de escalar e programar as jornada de trabalho e que podem apresentar benefícios ou malefícios dependendo do caso.

1.6.1. Turnos Ininterruptos de Revezamento

O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento tem seu fundamento no artigo 7º, XIV da Constituição Federal³² e corresponde àquela jornada de trabalho na qual o empregado trabalha em turnos com alternância de horário diurno e noturno.

³¹ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outro que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; ”. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

Esta modalidade de jornada de trabalho engloba, na realidade, uma exceção quanto o limite máximo diário, não sendo o comum de oito horas diárias, mas sim de seis horas diária, salvo negociação coletiva em sentido diverso.

Assim, caso durante o turno ininterrupto de revezamento o empregado trabalhe acima das seis horas previstas constitucionalmente, e sem previsão em norma coletiva, terá direito a receber as horas excedentes com horas extras.

O fundamento utilizado pelo legislador constituinte, como aponta Adalberto Martins³³, para separar, qualificar e determinar limites inferiores de jornada de trabalho, foi o maior desgaste físico e mental que o trabalhador sofre como consequência direta da alternância repetitiva entre turnos diurnos e noturnos, necessitando que o seu organismo se adapte.

A jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho, representada pela Orientação Jurisprudencial 360 da SDI-1³⁴, é no sentido que a simples existência de alternância entre turno diurno e noturno, ainda que uma única vez, ou seja, ainda que com apenas dois turnos, já qualifica e caracteriza o turno ininterrupto de revezamento sob alegação de que existindo a mudança de turno o risco, ou até possivelmente o dano em si, a saúde do trabalhador resta configurado, devendo, portanto estar sujeito ao cumprimento a jornada de somente seis horas diárias.

Todavia, como dito anteriormente a regra, constitucional, sobre a jornada de trabalho para esse grupo de empregados é de seis horas diárias, desde que não exista previsão diversa em acordo ou convenção coletiva. Ou seja, é possível que a norma coletiva aumente o limite de jornada de trabalho, mesmo estando o empregado sujeito ao turno ininterrupto de revezamento.

³² “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. ” Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

³³ MARTINS, Adalberto. **Manuel Didático de Direito do Trabalho**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 213.

³⁴ Orientação Jurisprudencial 360. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO. Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV da CF/88 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turno, ainda que em dois turnos, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/ojs>>. Acesso em: 16.mar.2017.

Nesta hipótese de previsão de jornada superior em acordo ou convenção coletiva, o empregado não fará jus ao pagamento das 7ª e 8ª horas como extras, entendimento esse consolidado na súmula 423 do TST³⁵.

1.6.2. Jornada Flexível e Horário Móvel

O horário flexível é aquele no qual o próprio empregado pode elaborar o seu horário de trabalho, podendo escolher o horário e início e término da sua jornada, devendo respeitar apenas o horário núcleo estabelecido pelo empregador.

O horário núcleo corresponde àquele mais relevante para empresa, no qual o empregado deve necessariamente estar trabalhando, que são aqueles horários relevantes para a atividade empresarial.

Nesta modalidade deverão ser respeitados os limites legais quanto à duração do trabalho, havendo flexibilização apenas quanto ao horário de início e término da jornada.

O horário móvel, por sua vez, é variável e decorrente da produção da empresa, nesta hipótese o empregado é remunerado pela hora trabalhada. Nesta modalidade de jornada de trabalho o empregador deve comunicar com dez dias de antecedência os dias e horários em que deverá prestar os serviços.

Sergio Pinto Martins³⁶ aponta que a jornada móvel “é estabelecida pelas partes, em norma coletiva ou no contrato de trabalho, em que se determina que o trabalho será realizado entre, por exemplo, quatro e oito horas por dia, de acordo com as necessidades da empresa”.

³⁵ Súmula 423 do TST. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extra. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 16.mar.2017.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 519.

Ciro Pereira da Silva³⁷, embora aponte como jornada flexível à aquela em que entendemos como móvel, descreve diversos pontos como vantagens da utilização deste tipo de jornada, dividindo em ambientais e financeiras.

Classifica como vantagens ambientais, referindo-se a um ambiente corporativo de trabalho, a preservação do clima organizacional, o bom relacionamento entre empregado e empregador, a ausência de receio de dispensa imotivada, favorecimento da produtividade e qualidade, redução de acidentes e melhorias dos níveis de absentismo.

Nas vantagens financeiras coloca a diminuição da ociosidade, de dispensas e contratações, evita o pagamento de horas extras, auxilia no ajuste das flutuações de mercado, reduz custos (alimentação, transporte, energia, água, etc.) e elimina estoques e ativos imobilizados.

Se por um lado realmente temos a ocorrência destas vantagens, o Judiciário analisa sob outra óptica.

Como disse a jornada móvel, e flexível para Ciro Pereira da Silva, corresponde a variação do horário de trabalho do empregado de acordo com a demanda da produção e flutuações do mercado, e nestas hipóteses o empregado é horista, ou seja, receber por trabalhada.

O Superior Tribunal do Trabalho ao analisar caso concreto de aplicação de jornada móvel, demonstrou o entendimento pela sua invalidade, sob alegação de o empregado fica sujeito a ato imperativo do empregador, à sua vontade unilateral para o trabalho, que demandaria os horários móveis de trabalho, conforme ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os

³⁷ SILVA, Ciro Pereira da. **Jornada Flexível de Trabalho: ferramenta para administrar flutuações de produção**. São Paulo: LTr, 1997, p. 98.

quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.³⁸

O contraponto demonstrado pelo TST é que a dependência, única e exclusiva, das atividades dos empregados a vontade discricionária do empregador, cumulado com a modalidade de trabalho horista deixa em aberto a possibilidade do empregado nada receber por falta de convocação para o trabalho.

Sem entrar no mérito da decisão do Superior Tribunal do Trabalho, há de se reconhecer que essa modalidade de jornada de trabalho pode agregar benefícios e vantagens interessantes a ambos os lados, empregado e empregador.

Podemos inclusive apontar vantagens ao trabalhador além daquelas diretamente envolvidas com o trabalho já citadas anteriormente.

Ambas as modalidades de jornada, móvel e flexível, permitem ao empregado maior tempo disponível para poder usufruir de seu lazer, para se restabelecer física e mentalmente, para dar atenção à sua família, para se dedicar aos estudos e até mesmo para aprimoramento profissional.

Mas como dito existem desvantagens também e a própria vantagem pode representar também um desvantagem ao mesmo tempo, explicaremos. Se a vantagem proporcionada pela jornada móvel e variada é a possibilidade de ofertar ao empregado maior tempo para que possa gastar com o seu lazer em lazer; ao mesmo tempo a formatação desta modalidade de jornada também pode representar uma lesão ao mesmo direito ao lazer.

Essa variedade proporcionada pela variação dos horários de início e término do horário do trabalho também pode representar uma lesão, pois as escalas de trabalho somente são repassadas dias antes ou mesmo que seja uma semana antes, impedindo assim que o empregado realize o seu planejamento para fruição do lazer.

Lembrando que a variação proporcional pode ocorrer em relação aos horários por completo, inclusive quanto aos turnos a serem realizados pelo empregado, que por si só já

³⁸ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 9891900-16.2005.5.09.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/02/2011, Data de Publicação: 25/02/2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%209891900-16.2005.5.09.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKi5AAC&dataPublicacao=25/02/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 15.nov.2016.

representada àqueles mesmos danos causados ao organismo do trabalhador (os mesmos que já citamos quando abordamos o turno ininterrupto de revezamento).

Basta analisarmos com mais cuidados as consequências para que seja possível visualizar em longo prazo o prejuízo que pode representar a impossibilidade do planejamento pelo empregado do seu lazer. Devemos nos lembrar de que a ideia de lazer é ampla, correspondendo ao não trabalho, ao tempo livre que possa da usufruir da forma escolher, e que de uma forma genérica, tudo que não é diretamente ligado ao trabalho e ao ambiente de trabalho deve ser realizado pelo empregado durante o seu período de lazer, inclusive o aprimoramento profissional e educacional.

É absolutamente inviável que o empregado consiga cursar e concluir qualquer tipo de ensino seja fundamental, básico, superior, técnico ou até mesmo de melhoramento profissional em razão da instabilidade dos seus horários de trabalhos, não sendo possível que ao empregado frequente as aulas necessárias nem mesmo programe seus estudos, o que por si só já represente nova lesão ao direito fundamental à educação.

Podemos também citar, não como desvantagem, mas como forte crítica, que a adoção desta modalidade de jornada de trabalho, que a sua prática representa uma transferência do risco do negocio ao empregado.

E não é só, outro ponto negativo corresponde à lesão ao principio da estabilidade financeira do trabalhador. Como já dissemos o objeto principal desta modalidade é a variação dos horários de trabalho e de quantidade de horas trabalhadas, portanto, como uma clara e direta consequência temos a diminuição e variação do salário a exclusivo critério do empregador.

Devemos lembrar da premissa constitucional de que o empregado deve receber a título de salário um teto mínimo, o salário mínimo, e que este deve ser o suficiente para conseguir garantia ao empregado uma vida digna e saudável bem como assegura a satisfação dos direitos fundamentais. E não é segredo que os valores estipulados atualmente no país não servem para satisfazer a sua função social. Pois bem, para aqueles empregados neste regime de trabalho a situação é pior, como os valores de salário estão intimamente ligados às horas trabalhas, no caso da jornada móvel e variada não existe um padrão e muitas vezes o valor mínimo sequer é respeitado. Assim é absolutamente impossível o empregado se programar financeiramente para que possa cumprir com as suas obrigações econômicas ou sequer planejar a sua vida e de sua família.

1.6.3. Horas de Sobreaviso

Período de sobreaviso é aquele no qual o empregado deve permanecer em sua residência aguardando eventual convocação pelo seu empregador para que realize algumas atividades determinadas.

Originalmente a previsão do sobreaviso era aplicada aos ferroviários nos termos do parágrafo 2º do artigo 244 da CLT³⁹, atividade que era rotineira na década de 40. Mas com o decorrer dos anos, as ferrovias perderam o *glamour* e foram derrotadas pelo avanço tecnológico, mas a previsão legal do sobreaviso não ficou para trás.

Por meio de analogia passou-se a pleitear genericamente pelas horas de sobreaviso para aqueles funcionários que trabalhavam com o uso de bip ou telefone celular, exigindo dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho um posicionamento sobre a caracterização ou não do sobreaviso para aqueles empregados que utilizam aparelhos telemáticos ou informatizados.

A jurisprudência não se quedou e resolveu, formalizando a unificação dos entendimentos por meio da súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁰, que é possível a aplicação do artigo 244, §2º da CLT por analogia para aqueles empregados que utilizam bips ou celulares fornecidos pela empresa, fique em regime de plantão ou semelhante e que de alguma forma tenha o seu direito de descanso interrompido ou atrapalhado pela interferência patronal.

O que o legislador quis originalmente, e o Tribunal Superior do Trabalho quando editou a súmula 248, foi impedir que o empregador, em razão do grande poder que possui sobre o empregado, abuse do seu direito de exigir do trabalhador a prestação do serviço.

³⁹ Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada. §2º. Considera-se de “sobre-aviso” o empregado ativo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para serviço. Cada escala de “sobre-aviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de “sobre-aviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal. CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

⁴⁰ Súmula 248 do TST. SOBREAviso APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, §2º DA CLT. I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso. II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 16.mar.2017.

Temos que analisar tudo o que envolve a exigência do trabalhador em ficar de sobreaviso.

Para a ocorrência do sobreaviso se faz necessário, que a empresa forneça ao empregado o bip ou celular (ou meio correlato que tenha as mesmas funções e utilidades destes), e exija que o colador faça uso deste equipamento fora da sua jornada de trabalho, que esteja a postos para atender eventual chamado.

Vejam que a pratica do sobreaviso atrapalha e interrompe completamente, isso quando não anula o período de descanso do trabalhador, indo de encontro àquela ideia de limitação de jornada de trabalho para possibilitar ao empregado que descanse física e mentalmente.

1.6.4. Jornada Noturna

Considera-se como jornada noturna o período entre as 22h de um dia e 5h do dia seguinte, sendo essa definição válida para o trabalho urbano. Para o trabalho rural o período abrangido pelo período noturno será das 21h de um dia e 5h do dia seguinte se realizado na lavoura; ou das 20h de um dia e 4h do dia seguinte se realizado na pecuária.

A estipulação de regras e aplicações distintas para a jornada de trabalho noturno foi mais uma forma encontrada pelo legislador desestimular esta modalidade de trabalho.

Dentre estas práticas temos hora noturna, conforme prevista no artigo 73 da CLT⁴¹ e seus parágrafos, não terá a mesma remuneração do que a hora diurna, ela deverá possuir remuneração, no mínimo, 50% (cinquenta por cento)⁴² superior à da hora noturna.

Cumpré destaca que conforme o próprio artigo 73, estão excluídos do adicional noturno aqueles empregados que trabalham em regime de revezamento. Mas esta não é a única diferença quanto à jornada noturna.

O legislador laboral também estabeleceu a hora ficta noturna, sendo que é considerada como uma hora completa o período correspondente a 52 minutos 30 segundos.

⁴¹ Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna. §1º. A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos. CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

⁴² Temos que o percentual será de 50% pela análise sistemática da CLT juntamente com o artigo 7º, XVI da Constituição Federal.

Cumprir destacar que tais regras especiais e previsões mais específicas destinadas ao trabalho noturno são decorrentes do maior dano que essa espécie de trabalho causa aos empregados.

Alice Monteiro de Barros⁴³ aponta como nefastas as consequências do trabalho noturno, faz referência ainda a existência de estudos médicos e de ergonomia que afirma que o trabalho noturno causa maior fadiga que o diurno em razão da coincidência entre a ativação biológica e horário de trabalho e entre a desativação cerebral e o sono, isto é, que o durante a noite a ativação biológica é menor, com desativação cerebral e sono, portanto no trabalho noturno é necessário maior esforço físico e mental para realização das atividades o que gera fadiga maior. E em caso que habitualidade essa fadiga por evoluir para um quadro clínico mais grave. Aponta por fim que, do ponto de vista médico, o trabalho noturno deveria ser proibido de forma geral.

A OIT também buscou entender o tema e os riscos da sua realização e editou as Convenções 4 (Trabalho Noturno das Mulheres), 6 (Trabalho Noturno dos Menores na Indústria), 89 (Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria) e a 171 (Trabalho Noturno). O Brasil ratificou todas elas.

A Convenção nº 171 da OIT conceituou o trabalho noturno em seu artigo 1º como sendo “as atividades que exija a realização de serviços à noite, por um período de pelo menos sete horas consecutivas, compreendidas entre meia noite e as 5 horas da manhã. ”

Ciente dos riscos e danos à saúde do empregado a Convenção nº 171 também prevê que devem ser adotadas medidas para proteger o empregado que trabalho de noite, dentre elas, podemos citar que o empregado poderá solicitar a realização de avaliação de sua saúde, gratuitamente, bem como de solicitarem e recebem orientações sobre problemas de saúde decorrentes do trabalho noturno.

1.7. Impossibilidade de Controle de Jornada

Como já dito anteriormente neste trabalho, à regra é pela limitação de jornada de trabalho correspondente pelo controle de jornada, hipótese em que incide a aplicações de horas extraordinárias, fruição de intervalos para descanso, hora noturna e outras características inerentes e dependentes da existência do controle de jornada.

⁴³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTr: 2013, p. 545.

Pois bem, todavia, nem todas as atividades estão sujeitas ao controle de jornada por mera incompatibilidade da função, cargo ou atividades com tal prática, ao menos é isso que determinada o artigo 62 da CLT⁴⁴.

A antiga redação do artigo 62 da CLT previa que estavam isentos do controle de jornada: a) os vendedores praticistas, os viajantes e os que exerceram, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário; b) os vigias, cujo horário, entretanto, não deverá exceder de dez horas e que não estarão obrigados à prestação de outros serviços; c) os gerentes; e d) os que trabalham nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos sujeitos a regime especial.

Mas a Lei 8.966/94 alterou a redação do artigo para reduzir este rol, excluindo do controle de jornada somente aqueles com poder de gestão e aqueles exercentes de atividades externa incompatível com o controle de jornada.

O referido artigo elenca dois grupos distintos que não estão sujeitos ao Capítulo II – Da Duração do Trabalho da CLT.

O primeiro grupo correspondente àqueles empregados que possuem atividades externa que tornam o controle de jornada inviável.

Assim, não estão sujeitos ao controle de jornada, e por consequência, às limitações da jornada de trabalho por exerceram atividades e/ou funções incompatíveis com tal controle. Cabe destacar que esta previsão é apenas uma presunção relativa de que não estão sujeitos ao controle de jornada, isto é, existindo prova de que o empregador efetivamente fiscalizava, ou que tinha condições de fazê-la, mas não fazia, fica afastada a exceção prevalecendo à regra de existência de controle e limites de jornada.

Como destacamos acima, a exceção ao controle de jornada se dá em razão da impossibilidade do controle de jornada dos empregados inseridos nas hipóteses previstas no artigo 62 da CLT, e não pelo simples fato de exerceram atividade externo ou possuírem cargo de gestão.

Pois bem, analisando a primeira hipótese, prevista no inciso I do artigo 62 da CLT, temos que está isento do controle e dos limites de jornada de trabalho o empregado com

⁴⁴ Art. 62. Não estão abrangidos pelo regime previsto neste Capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horários 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. CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

trabalho externo incompatível com o controle de jornada. Destacamos que a CLT prevê expressamente que se faz necessário o registro na CTPS e na ficha de registro do empregado na empresa tal condição de trabalho externo incompatível.

Valentin Carrion⁴⁵ explicita a caracterização do trabalho externo incompatível com o controle de jornada:

Serviços externos: o que caracteriza este grupo de atividades é a circunstância de estarem todos fora da permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade à empresa.

A jurisprudência durante bom período de tempo reconheceu que a jornada de trabalho de motorista era incompatível com o controle de jornada, conforme ementa abaixo:

MOTORISTA. TRABALHO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE EFETIVO CONTROLE DO INTERVALO. Em se tratando de trabalho externo, presume-se gozado o intervalo intrajornada, pois o trabalhador, ativando-se fora das dependências da empresa, pode determinar livremente o tempo que gasta para descansar e se alimentar, inexistindo ingerência direta do empregador a respeito.⁴⁶

Contudo a publicação da Lei nº 12.619/12 que regulamentou a profissão de motorista profissional e criou regras de jornada de trabalho para a categoria houve alteração no entendimento jurisprudencial afastando completamente assim a aplicação do inciso I do artigo 62 da CLT aos motoristas, incluindo a Seção IV-A no Capítulo I, do Título III da CLT, do artigo 235-A ao artigo 235-H.

De acordo com a Lei nº 12.619/12, a jornada de trabalho do motorista será estabelecida na Constituição Federal ou por instrumentos de acordo ou convenção coletiva, sendo admitida a prorrogação de jornada por até 2 horas extraordinárias. Com direito a

⁴⁵ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação da Leis do trabalho**. 34ª Edição Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

⁴⁶ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Processo 16242220125150002 RO. Relator Desembargador Luiz Roberto Nunes, Data de Julgamento: 09/04/2013, Data de Publicação: 19/04/2013. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:_o5UuLIQuEIJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/028/02813013.rtf+MOTORISTA.+TRABALHO+EXTERNO.+IMPOSSIBILIDADE+DE+EFETIVO+CONTROLE+DO+INTERVALO.+Em+se+tratando+de+trabalho+externo,+presume-se+gozado+o+intervalo+inrajornada,+pois+o+++inmeta:DS_NOME_PESSOA%3DLUIZ%2520ROBERTO%2520NUNES+inmeta:DS_CLASSE_JUDICIAL_SIGLA%3DRO&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 26.nov.2016.

intervalo mínimo de 30 minutos para descanso a cada 4 horas de termo ininterrupto de direito, com uma hora completa para refeição e DSR de 35 horas.

Sendo assim, com a regulamentação da profissão e a previsão expressa da jornada de trabalho do motorista, juntamente com o já abordado avanço tecnológico o atual entendimento é de que o trabalho externo exercido pelo motorista é sim compatível com o controle de jornada, podendo ser realizado por meio de acompanhamento da rota a ser cumprida, pelo tacógrafo, pelo rastreamento do caminhão via satélite, como bem aponta a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. TRABALHO EXTERNO. EXISTÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O art. 62, I, Consolidado, não exclui do regime de duração do trabalho previsto naquele capítulo o trabalhador, pelo simples fato de laborar externamente, mas, ao revés, impõe, como condição, a incompatibilidade com a fixação de horário de trabalho, no sentido de não se poder, em virtude da forma de prestação dos serviços, fiscalizar ou controlar o tempo efetivamente destinado à execução de suas tarefas. A regra, portanto, é que o trabalhador exerça suas atividades dentro de limites máximos de trabalho (diário e semanal), previstos, legalmente, fazendo jus às horas extras. Assim, afastada a hipótese da exceção prevista no art. 62, I, Consolidado, correta a sentença que, com base na prova dos fólios, reconheceu a prestação de serviços em jornada alongada. Recurso ordinário patronal improvido, no aspecto.⁴⁷

Destacamos que a jurisprudência nesse sentido não é somente no âmbito dos Tribunais Regionais, o Tribunal Superior do Trabalho também demonstra o mesmo entendimento conforme a ementa a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EXTERNO. MOTORISTA CARRETEIRO. CONTROLE DE JORNADA. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. O motorista carreteiro, laborando em atividade externa, tendencialmente enquadra-se no tipo jurídico excetivo do art. 62, I, da CLT (atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho), ao menos antes da Lei nº 12.619/2012. A estrita circunstância de haver, no caminhão, tacógrafo não traduz, segundo a jurisprudência, a presença de real controle da jornada de trabalho (OJ 332, SBDI-1/TST). Entretanto, havendo no caminhão e no sistema empresarial outros equipamentos tecnológicos de acompanhamento da rota cumprida pelo veículo, com mecanismos adicionais de controle do labor e da mensuração dos tempos trabalhados em viagem, esvai-se a presunção excetiva do art. 62, I, da CLT, emergindo a regra geral da

⁴⁷ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Processo 0001316-43.2014.5.06.0009 RO. Relatora Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Data do Julgamento: 30/01/2017. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=4292747&tipoProcesso=eletronico>>. Acesso em 20.fev.2017.

Constituição e do diploma celetista no tocante à direção da prestação de serviços e do controle da jornada contratual pelo respectivo empregador. Tal compreensão jurisprudencial, a propósito, foi ratificada pela nova legislação regente da categoria (Lei nº 12.619, de 2012), que fixa até mesmo como regra geral, o controle de jornada do trabalhador caminhoneiro. Na hipótese dos autos, o TRT de origem consignou que ficou comprovada tão somente a existência de tacógrafo, não havendo outros elementos nos autos que possibilitassem verificar a existência de controle da jornada de trabalho. Dessa maneira, não haveria como, nesta Instância Extraordinária de jurisdição, reexaminar-se a prova dos autos para se fazer enquadramento jurídico diferente (Súmula 126 do TST). Portanto, não há como assegurar o processamento do recurso de revista, uma vez que o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.⁴⁸

A segunda exceção ao controle de jornada, prevista no inciso II do artigo 62 da CLT, é aplicável aos gerentes, àqueles funcionários dotados de cargo de gestão, sendo que a lei equipara a estes os diretores e chefes de departamento ou filial.

Nesta hipótese, entendemos que o legislador ao incluir os diretores e chefes de departamento ou filial teve como principal intenção a de deixar de fora das regras genéricas de jornada de trabalho aqueles colaboradores que, em razão das suas altas patentes e responsabilidade dentro do organograma da empresa, acabou por realizar grande quantidade de atividades externas e viagens, tornando assim, se não inviável como previsto no inciso I do artigo 62, bem complexo e turbulento o controle de jornada.

Sobre aqueles empregados dotados de cargo de gestão, analisaremos profundamente no próximo capítulo deste trabalho.

⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Processo 2022620115150041. Relator Mauricio Godinho Delgado, Data do Julgamento: 19/03/2014, Data da Publicação: 21/03/2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20202-26.2011.5.15.0041&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANt5AAF&dataPublicacao=21/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 12.dez.2016.

2. DO CARGO DE CONFIANÇA

2.1. Conceito e Contexto Histórico

Como já dito anteriormente a redação “original” do artigo 62 da CLT possui hipóteses diversas para exclusão do controle de jornada, dentre elas aos gerentes.

Todavia, a definição de gerente é mais restritiva do que hoje, sendo considerado como gerente:

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

Vejam que a previsão legal e a caracterização do cargo de confiança possuíam elementos objetivos, concretos e rígidos, sendo considerados como gerentes somente aqueles investidos de instrumento de mandato, com encargos de gestão e padrão elevado de vencimentos.

Com a publicação da Lei 8.966/94, que alterou o artigo 62 e seus incisos, reduzindo o que antes eram quatro possibilidades de enquadramento na exceção da ausência de controle de jornada, em somente duas.

Mas essas duas novas hipóteses, na realidade reproduzem uma síntese das quatro possibilidades antes previstas.

A antiga redação previa o enquadramento dos vendedores praticistas, os viajantes, os vigias e aqueles nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos (hipóteses “a”, “b” e “c” do artigo) sendo que em equivalência a estas hipóteses a nova redação trouxe que não estão sujeitos aqueles exercentes de atividade externa incompatível com o controle de jornada.

Por outro lado, quanto a hipótese dos gerentes, o legislador promoveu uma significativa ampliação do conceito, incluindo como isentos do controle de jornada os chefes de departamento ou filial, por meio de equiparação legal destas figuras à de gerentes, mas mais do que isso, a reforma exclui a previsão expressa da necessidade do instrumento de mandato.

Mas ficou-se o legislador quanto à definição do cargo de gestão, expressão que já constava na redação antiga do artigo, que já trazia enormes dificuldades a prática laboral e jurídica em razão do subjetivismo.

A subjetividade dos requisitos para a caracterização reflete diretamente na conceituação do empregado exercente de cargo de confiança.

Pedro Paulo Teixeira Manus⁴⁹ define estes empregados como sendo “gerentes que, investidos de mandato, isto é, sendo representantes do empregador, perante terceiros, tenham poderes de mandato ou gestão, bem como, tendo em conta o padrão mais elevado de salário diferenciam-se dos demais empregados”.

Arnaldo Süssekind⁵⁰ coloca que os gerentes possuem posição singular na empresa e exercem o poder de comando, diretivo e disciplinar.

Em suma podemos nos arrisca a definir o empregado exercente de cargo de confiança como aquele que detém elevada importância dentro do organograma empresarial, com poderes para agir como *longa manus* representando diretamente o empregador tanto interna quanto externamente, podendo colocar em risco o próprio negócio.

Sergio Pinto Martins⁵¹ defini gerente nos seguintes parâmetros:

É gerente o que tem poderes de gestão, como de admitir ou dispensar funcionários, adverti-los, puni-los, suspendê-los, de fazer compras ou vendas em nome do empregador, sendo aquele que tem subordinados, pois não se pode falar em chefe que não tem chefiados.

Buscando delimitar com precisão e entender a real intenção do legislador e da lei, Pedro Paulo Teixeira Manus⁵²:

O legislador quer excepcionar, apenas, aquele empregado que substitui o empregador, que faz as vezes de patrão, quando de sua ausência, de tal modo que tem poderes para dirigir o negócio como se fosse o próprio empregador e, por isso, tem salário mais elevado que os demais, bem como não está sujeito a horário de trabalho

⁴⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 87.

⁵⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho, volume 2**. 20ª Edição atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2002, p. 782-783.

⁵¹ MATINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 522.

⁵² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. op. cit., p. 87.

Tais requisitos são essenciais para a configuração da hipótese legal, a fim de evitar os ‘falsos gerentes’, que assim denominados não têm qualquer poderes de mando ou gestão.

Devemos sempre lembrar que, apesar deste elevado poder e representatividade que é conferido a ele, o exercente de cargo de confiança ainda é empregado, devendo respeitar os requisitos caracterizadores do vínculo de empregado, com pequena ressalva quanto a subordinação, posto que esta característica ficará um pouco fragilizada em razão da reconhecida importância dentro a empresa e de seu poder de gestão.

2.2. Requisitos

De acordo com o artigo 62, inciso II e seu parágrafo único da CLT, podemos extrair dois requisitos para enquadramento de empregados dotados de cargo de confiança, sendo eles a existência do poder de gestão pelo empregado e que a sua remuneração seja, pelo menos, 40% superior à remuneração de seus subordinados.

Assim, preenchidos tais requisitos temos a qualificação do empregado como dotado de cargo de confiança e por consequência a sua exclusão da aplicação das regras relativas à duração de trabalho, isso quer dizer, que tais empregados não estão sujeitos à realização de horas extras, nem ao recebimento das horas extraordinárias ou seus respectivos adicionais legais ou convencionais.

Mauricio Godinho Delgado⁵³ aponta que “o suposto legal é que tais trabalhadores, por estarem investidos de parcela significativa do próprio poder empregatício, não se submetem, logicamente, a estrito controle de horários, sob pena de isso até mesmo inviabilizar o exercício de sua função de poder perante os demais empregadores.”

Devemos explicar e destacar que a nomenclatura utilizada para o cargo o empregado não é relevante, tão pouco, um requisito.

O enquadramento do empregado como aqueles dotado de cargo de confiança dependerá exclusivamente o respeito aos requisitos de existência de poder de gestão e remuneração no mínimo 40% superior à de seus subordinados, conforme ementas colacionadas abaixo:

⁵³ Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 921.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. CARGO DE CONFIANÇA. CONTROLE DE HORÁRIO. O reclamante faz jus a horas extras, tendo em vista que o mero exercício de cargo com *nomem iuris* de chefia não é suficiente para enquadrá-lo nas disposições do art. 62, inc. II, da CLT. Isto porque a referida norma celetista excepciona o direito às horas extras daquele que, no exercício de sua função, detém poderes de mando e gestão, representando o empregador frente a terceiros, como se empregador fosse, ônus que incumbia à reclamada e do qual não se desonerou. Apelo negado.⁵⁴

Mas não são somente os requisitos objetivos e subjetivos apontados anteriormente e que abordaremos com maiores detalhes e discussões a seguir.

2.2.1. Objetivos

Analisando os requisitos a serem cumpridos para o perfeito enquadramento, começamos pelos que podem ser classificados como objetivos: a remuneração e a ausência de controle de jornada.

O parágrafo único do artigo 62 da CLT prevê expressamente que a remuneração do empregado em cargo de confiança deve ser no mínimo 40% superior ao de seus subordinados.

Considerando que é um requisito expressa em texto de lei, não houve muito questionamento acerca de sua necessidade, mas mesmo assim os Tribunais precisaram se manifestar sobre o assunto:

CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62 DA CLT. PAGAMENTO INFERIOR AO SALÁRIO DO CARGO EFETIVO ACRESCIDO DE 40%. OBRIGAÇÃO DA RECLAMADA EM CONTROLAR A JORNADA. Nos termos do inciso II e parágrafo único do art. 62 da CLT, para que o empregador se desobrigue da necessidade de controlar a jornada de funcionário ocupante de cargo de gestão, faz-se necessário que este perceba remuneração superior em 40% àquela paga pelo cargo efetivo. Não tendo a empresa se desvencilhado do ônus de provar que o obreiro percebia a referida distinção salarial, aplica-se a ele a carga horária legal.⁵⁵

⁵⁴ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo 0021196-54.2014.5.04.0404. Relator Juraci Galvão Junior, 8ª Turma. Data do Julgamento: 18/09/2015. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:5Hqlaqz0twEJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D2524161%26v%3D5048322++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-03-12..2017-03-12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 10.fev.2017.

⁵⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0001104-70.2011.5.05.0133, Relatora Léa Nunes, 3ª Turma, Data de Publicação: 30/05/2014. Disponível em:

O texto literal do parágrafo único ao prever a expressão “se houver” deixa claro que não é necessário que a verba de 40% venha em apartado, como um adicional ou gratificação de função.

A previsão normativa busca somente estabelecer um requisito monetário para justificar o elevado grau de responsabilidade e de autonomia destes empregados. Não existe uma obrigatoriedade de o empregador pagar uma verba destacada no valor de 40% do salário do empregado.

A jurisprudência é majoritária nesse sentido:

CARGO DE CONFIANÇA. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. O art. 62, parágrafo único, da CLT não prevê a obrigatoriedade do pagamento de gratificação de função, mas tão somente prevê uma condição para que se caracterize o enquadramento do empregado em uma exceção. Recurso não provido.⁵⁶

Há também outro requisito objetivo a ser respeitado, um requisito objetivo negativo.

Pois bem, esse requisito negativo é a ausência efetiva do controle de jornada do empregado com poder gestão.

Se para o inciso I do artigo 62 da CLT temos que o fator preponderante para a sua caracterização é a impossibilidade do controle de jornada em razão da atividade externa; neste inciso II é requisito para a sua qualificação é o não controle de jornada.

Nesse sentido Mauricio Godinho Delgado⁵⁷ muito bem aponta que:

Evidenciando que o gerente, não obstante detentor de poderes de gestão e favorecido pelo acréscimo salarial equivalente ou maior do que 40% do salário efetivo, submetese a estrito controle diário de horário e jornada, enquadra-se tal empregado nas fronteiras da duração padrão efetivamente prestadas por além dessa duração padrão.

<https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=575947>.

Acesso em 10.nov.2016.

⁵⁶ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo 00005406720145010531, Relator Roberto Norris, 5ª Turma, Data de Publicação: 25/08/2015. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/657682/00005406720145010531-DOERJ-25-08-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=digite+ aqui...&themepath=PortalTRT1/>>. Acesso em 10.nov.2016.

⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013. P. 922.

Destacamos ainda que este controle de jornada ao qual o possuidor do cargo de confiança não pode estar sujeito não se limita somente ao horário de trabalho si, também deve ser entendido como controle de jornada a estipulação de turnos e horários.

A exigência de ausência de controle de jornada não deve ser analisada somente pelo aspecto material, mas também não pode ocorrer pelo simples controle ou questionamento pelo empregador ou por superior direto⁵⁸ do exercente de cargo de confiança quanto aos seus horários de trabalho, como atrasos e faltas.

Tudo isso com o argumento que a estipulação de jornada de trabalho a esta categoria de empregados cerceia a autonomia para definir a sua própria jornada de trabalho como característica de seu poder de mando.

Nesse sentido temos a ampla jurisprudência trabalhista:

CARGO DE CONFIANÇA. FIDÚCIA DIFERENCIADA. CONTROLE DE JORNADA. INCOMPATIBILIDADE. O empregado que exerce cargo de confiança com fidúcia elevada não está sujeito a controle de jornada, porquanto incompatível. Insere-se na exceção do inciso II do art. 62 da CLT.⁵⁹

CONTROLE DE JORNADA - DESCARACTERIZAÇÃO DO CARGO DE CONFIANÇA -- A existência de controle de jornada descaracteriza o cargo de confiança, pois cerceia a autonomia que lhe é inerente.⁶⁰

2.2.2. Subjetivo

⁵⁸ Aqui devemos fazer uma ressalva quanto ao nosso posicionamento demonstrado pela possibilidade de existência de gerente com superior hierárquico. Dizemos isso porque boa parte da jurisprudência, para não dizer a majoritária, prega pela incompatibilidade de existência do cargo de confiança com superior hierárquico, sob argumento, em rápida síntese, que um superior hierárquico mitiga ou restringe o poder de gestão do cargo de confiança. Com máxima vênia que merecem os doutos juslaboristas, este entendimento nos parece desatualizado, posto que devemos considerar que atualmente as empresas possuem estrutura organizacional extremamente complexa sendo composta por várias áreas, departamentos e filiais, o que torna praticamente impossível que uma única pessoa possua os poderes de gestão; podemos citar também que na estrutura todos estão sujeitos a um superior hierárquico, desde o aprendiz e assistente até mesmo o *CEO* (sujeito aos sócios e conselhos existentes, como o administração por exemplo). Portanto, não podemos considerar tal fato como excludente de caracterização do cargo de confiança caso contrário estaremos, indireta e involuntariamente, inutilizando a figura do cargo de confiança.

⁵⁹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0023200-50.2009.5.05.0133, Relator Renato Mario Borges Simões, 2ª Turma, Data da Publicação: 24/08/2012. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=334582>. Acesso 10.nov.2016.

⁶⁰ BRASIL, Tribunal Regional do trabalho da 5ª Região. Processo 68500532008505009, Relator Marama Carneiro, 1ª Turma, Data de Publicação: 12/08/2009. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=161824>. Acesso em 10.nov.2016.

O requisito fundamental e que hoje é subjetivo, antes da lei 8.966/94, que alterou a redação do artigo 62 da CLT, era objetivo. Estamos falando do poder de gestão.

Na antiga redação o texto legal previa expressamente que os gerentes eram aqueles investidos de mandato na forma legal, ou seja, somente era considerado como gerente para efeito da exclusão das regras relativas a duração de trabalho aqueles empregados que possuíam instrumento de mandato, procuração, outorgada pelo empregador, para em nome deste agir expressamente.

Com o advento da Lei 8.966/94, a redação do artigo foi radicalmente alterada substituindo a previsão expressa da necessidade do instrumento de mandato para a simples característica de exercentes de cargo de gestão, transformando o requisito de objetivo par subjetivo, uma vez que não há conceito em lei para a expressão cargo de gestão.

Coube assim à doutrina e jurisprudência conceituar e enquadrar a característica de cargo e poder de gestão.

Criou-se, portanto uma construção doutrinaria e jurisprudencial de que o poder de gestão é aquele exercido por empregado que possui poderes para admitir, demitir, advertir ou suspender funcionários, podendo tomar decisões em nome do empregador e possuindo subordinados.

O conceito geral é de que o poder de gestão seja aquele dotado de uma fidúcia especial, que tenha poderes para agir como se o empregador fosse, como *longa manus* do empregador, que tenha autonomia para tomar decisões importantes tanto interna quanto externamente, podendo inclusive colocar em risco o próprio negócio do empregador.

Como dito essa é a caracterização feita pela doutrina e jurisprudência quanto aos elementos formadores do cargo de confiança e mais especificamente do poder de gestão, talvez o principal requisito a ser satisfeito. E como podemos ver pelas ementas abaixo estes apontamentos são posição majoritária no ordenamento jurídico trabalhista:

CARGO DE CONFIANÇA. CONFIGURAÇÃO. ART. 62, II, DA CLT. Para a caracterização da confiança prevista no art. 62, inciso II, da CLT, necessária se faz a demonstração clara de que o trabalhador detinha amplos poderes de gestão, o que, por vezes, leva à confusão entre a figura do empregado e do empregador, o que restou comprovado in casu. Recurso a que se nega provimento, nesse aspecto.⁶¹

⁶¹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 00007291820115020371, 3ª Turma, Relator Nelson Nazar, Data de Publicação: 10/09/2013. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta002&docId=673853c2a623121ff8841e425715dc6662561c46&fieldName=Documento&extension=pdf#q=20130958888>>. Acesso em 10.nov.2016.

Ou seja, em suma, o poder de gestão é demonstrador pelo poder concedido ao empregado em cargo de confiança para que possa agir em nome direto do empregador, como sua extensão direta, como *longa manus*, devendo ter autonomia para representar o empregador tanto interna quanto externamente, podendo inclusive assumir direitos e obrigações em nome do empregador, devendo ter poderes internos para admitir, demitir, advertir e punir, e logicamente com subordinados para que possa efetivamente praticar tais poderes.

Cumpra lembrar que os requisitos tão cumulativos, portanto aliados ao tal poder de gestão, deve o empregado com cargo de confiança possuir também a ausência de controle efetivo de jornada e possuir remuneração no mínimo 40% superior ao de seus subordinados.

2.3. Ônus da Prova e Configuração

A CLT como previsão acerca do ônus da prova traz somente a rápida previsão do artigo 818⁶², mas podemos completar a simplória regra jus laboral nos fazendo valer do artigo 769 CLT⁶³, para aplicação do Código de Processo Civil, em que seu artigo 373⁶⁴ prevê que o ônus da prova, de uma forma geral, recairá sobre o autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e sobre o réu de comprovar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.

Pois bem, é certo que a Constituição Federal, assim como a CLT, garante aos trabalhadores, como já apontado exhaustivamente neste trabalho, a limitação da jornada de trabalho, bem como ao recebimento de horas extraordinários nas hipóteses legais. Sendo assim não há necessidade de prova, pelo empregado, quanto à constituição de direito, uma vez que este já é reconhecido *infra* e constitucionalmente.

⁶² “Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer. ” CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

⁶³ “Art. 769. Nos casos omissos, o Direito Processual comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. ” CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

⁶⁴ “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de direito de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. ” CPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16.mar.2017.

Como já apontamos nos tópicos anteriores, o enquadramento das atividades nas exceções do artigo 62 da CLT, excluir os empregados de todas as regras presentes na CLT quanto a limitação de jornada e por consequente ao recebimento de horas.

Pois bem, fica claro que a caracterização do cargo de confiança configura fato impeditivo para que o empregado receba as horas extras, sendo assim, levando em conta a distribuição do ônus da prova, temos que a prova da existência do cargo de confiança, respeitando os seus requisitos legais, doutrinários e jurisprudenciais, é de obrigação do empregador.

Diante dessa premissa e do fardo que constitui o ônus da prova, e em busca da vantagem econômico-financeira que representa o não pagamento de horas extras, muitos empregadores utilizam de meios ardilosos buscando induzir a caracterização do cargo de confiança e do poder de gestão por meio de tática como nomenclatura de cargos, pseudopoderes de gestão e até mesmo supostas ausência de controle de jornada.

Como já elucidado anteriormente a nomenclatura para apuração e configuração do cargo de confiança é irrelevante, devendo ser verificado e comprovado judicialmente a satisfação objetivo dos requisitos legais.

Mas tal fato por si só não ameniza a situação, ainda sim há certa insegurança jurídica quanto ao cumprimento dos requisitos, principalmente quanto a satisfação do seu requisito subjetivo do poder de gestão.

A consequência negativa da subjetividade de um dos requisitos necessários para a caracterização do cargo de confiança ou mais especificamente do poder de gestão é a possibilidade de questionamentos perante o judiciário quanto ao seu cumprimento ou não, e que a análise e julgamento do enquadramento ou não ou da satisfação dos requisitos estará sujeito tão somente ao entendimento doutrinário ou jurisprudência e não ao texto frio e objetivo da lei, podendo inclusive ter a sua posição majoritária alterada ou até mesmo revertida sem qualquer formalidade, fato que não seria possível se o texto legal conceituasse o subjetivismo.

No Direito do Trabalho, diante da hipossuficiente do empregado e da cristalina diferença e vantagens econômico-financeiras que o empregador está sujeito emprega-se o uso do princípio da primazia da realidade, e na apuração da caracterização do cargo de confiança não é diferente e se faz necessária a sua aplicação.

Portanto a existência da nomenclatura por si só, nem mesmo, a existência de instrumento de mandato em nome do empregado não garante a configuração do cargo de confiança.

Restará ao empregador se desvencilhar do ônus da prova do efetivo poder de gestão, demonstrando que o empregado, de fato não possui ou possuía jornada de trabalho controlada, de forma alguma, que possui ou possuía autonomia para agir em nome do empregador, podendo inclusive em nome deste poder colocar o próprio negócio em risco, e por afim provar, este viavelmente documentalente, que recebe ou recebia remuneração, ao menos, 40% superior que a de seus subordinados.

2.4. Constitucionalidade

A publicação da Lei 8.966/94, que alterou a redação do artigo 62 da CLT conforme já abordado anteriormente, possibilita a análise da sua constitucionalidade ou não, caso contrário teríamos apenas a opção de discutir se o artigo teria sido recepcionado ou não pela Constituição Federal de 1988. Destacamos que seria alvo do controle de constitucionalidade somente a alteração promovida, posto que o artigo em si já teria sido recepcionado.

Isso porque lembrando que somente é possível a análise da constitucionalidade ou não de uma norma se for publicado durante a vigência da Constituição Federal. Se a norma infraconstitucional é anterior a promulgação da Constituição, deve ser analisada sob a óptica do instituto da recepção.

Pois bem, dito isso, podemos passar a analisar a constitucionalidade ou não do artigo 62.

Já se passaram quinze anos da alteração do artigo 62 da CLT, permitindo que a matéria fosse exaustivamente discutida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

E como de costume criou-se duas correntes opostas, uma apontando pela constitucionalidade do artigo e outra pela inconstitucionalidade, ambas com fundamentos distintos e pertinentes.

Para aqueles que apontam para a inconstitucionalidade, corrente minoritária, o fundamento utilizado é a suposta afronta ao inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal, que estabelece o limite de jornada diária e semanal, em oito e quarenta e quatro horas

respectivamente, e ao mesmo tempo, que se a Carta Magna prevê que aos empregados, sem fazer exceções, é assegurado o recebimento de horas extras pelos horas de trabalho prestadas além dos limites legais, não poderia o legislador ordinário, infraconstitucional, restringir esse direito.

Defendem estes que se a Constituição Federal estipulou uma regra geral quanto à existência do controle e limitação de jornada, não pode uma lei infraconstitucional criar exceções, e possibilitar que determinada grupos não estejam sujeitos a esse tipo de fiscalização.

A corrente majoritária é aquela que prega pela constitucionalidade da norma, que é absolutamente compatível com Constituição Federal vigente, e apontam dois fundamentos para tanto: que a previsão da constitucional quanto a limitação de jornada de trabalho e horas extras correspondente a regra do ordenamento mas que não impede a criação de exceções a serem regulamentadas; e como segundo fundamento a existência fática de que existem casos em que a jornada de trabalho não é suscetível de controle em razão da sua natureza, e que tais situações não podem ficar marginalizadas.

Esse entendimento majoritário é acompanhado pela doutrina, magistrados de primeira instância, nos tribunais regionais e no Superior Tribunal do Trabalho, conforme podemos apurar pelas ementas abaixo:

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT.

O artigo 62, II, da CLT, foi recepcionado pela ordem constitucional vigente a partir de outubro de 1988. O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, encerra norma de caráter geral, dispondo acerca da duração do trabalho, não se aplicando aos casos especiais como o previsto no artigo 62, II, da CLT.⁶⁵

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, INC. II, DA CLT.

É pacífico nesta Corte o entendimento de que o art. 62, inc. II, da CLT foi recepcionado pela atual Constituição da República e a aplicação deste dispositivo ao bancário é objeto da Súmula 287 do TST, que tem a seguinte redação: -A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.- HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. Revela-se inafastável a incidência da Súmula 126 desta Corte, porquanto o Tribunal Regional, com fundamento nos fatos e nas provas, concluiu que a reclamante se enquadrava no art. 62, inc. II, da CLT e somente mediante o reexame do

⁶⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo 0001277-75.2010.5.03.0104, Relator Luiz Ronan Neves Koury, 2ª Turma, Data de Publicação: 24/02/2012. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pldAcordao=896045&acesso=b048535c0612a6cfacaa8f50f06b9280>>. Acesso em 10.nov.2016.

quadro fático-probatório seria possível reformar essa decisão, procedimento vedado, em face da orientação da Súmula 126 desta Corte. Recurso de Embargos de que não se conhece.⁶⁶

Em se tratando de controle de constitucionalidade, a matéria chegou até o Supremo Tribunal Federal, que acompanhou o entendimento majoritário, conforme ementa a seguir:

Extraordinário. Inadmissibilidade. Cargo de gestão. Ausência de controle da jornada de trabalho. Possibilidade. Art. 62, II, da CLT. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, a decisão que excepciona os ocupantes de cargos de gestão do controle de jornada de trabalho.⁶⁷

Por amor ao debate, vamos nos posicionar no sentido de que não partilhamos do entendimento apresentado pelo grupo minoritário, pelos menos quanto ao fundamento da incompatibilidade da ausência do controle de jornada, mas seja viável sob argumento de lesão direta a outro aspecto constitucional como proporemos na continuidade do trabalho. Após uma exegese sistemática do ordenamento jurídico, concluímos que a Constituição Federal, ao estabelecer os limites de jornada, visa impedir a ocorrência de jornada de trabalho exaustiva e longa.

A CLT por sua vez, anterior a Carta Magna, não contradiz a previsão da Constituição Federal, mas com a sua alteração do artigo 62 posterior, apenas regulamenta a situação fática daqueles empregados que, seja pela natureza de suas atividades (atividades externa incompatíveis com o controle de jornada) e pela natureza de cargo ou função (empregados em cargos de confiança, dotados de poder gestão, diretores ou chefes de departamentos ou filial), não conseguem ter a sua jornada de trabalho controlada.

Ainda que não concordemos com a ideia da inconstitucionalidade do artigo 62 não podemos nos abster de que a existência desta exceção ao controle de jornada pode representar enormes prejuízos ao trabalhador nessas circunstâncias.

⁶⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 654375-58.2000.5.05.555, Relator João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 17/04/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20654375-58.2000.5.05.555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAApnlAAU&dataPublicacao=17/04/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 10.nov.2016.

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo RE 563851 RS, 2ª Turma, Relator Cezar Peluso, Data de Julgamento: 26/02/2008, Data de Publicação: 27/03/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14723443/agregno-recurso-extraordinario-re-563851-rs/inteiro-teor-103110982?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10.nov.2017.

Devemos analisar a consequência que a ausência de limitação a jornada de trabalho traz, atrapalhando os períodos de descanso e lazer.

Nesse sentido editou-se o enunciado número 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

O enunciado aponta pela inconstitucionalidade do artigo 62, apontando que a todos os empregados é garantido pela Constituição Federal o direito ao repouso semanal e limitação de jornada de trabalho.

3. DO DIREITO AO LAZER DO CARGO DE CONFIANÇA

3.1. O Lazer como Direito Fundamental

O lazer definido em um conceito clássico apresentado pelo sociólogo Frances Joffre Dumazedier corresponde a:

Lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se, ou ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.⁶⁸

Ou seja, podemos explicitar o lazer como sendo uma consequência do livre arbítrio para uso do tempo livre do cidadão, para realizar as atividades que lhe tragam prazer, livre de maiores obrigações e deveres diretos.

O Dicionário Michaelis⁶⁹ define lazer como sendo:

1. Descanso ou pausa no trabalho ou em uma atividade; folga, ócio, repouso
2. Diversão ou ocupação que se escolhe para os momentos de tempo livre; distração, entretenimento, recreação.

Alexandre Lunardi⁷⁰ por sua vez consegue conceituar, a nosso ver, com grande felicidade o lazer garantido ao cidadão como sendo “tudo aquilo que o ser humano realiza de livre vontade, seja o descanso, o divertimento, o entretenimento, ou mesmo a prática de atividades de aprendizado ou realização de serviços desvinculados de obrigação profissionais, geralmente associados ao bem-estar próprio, familiar ou social”.

Pois bem, como forma de garantir a todos os cidadãos tal direito, hoje reconhecimento como fundamental, a Constituição Federal de 1988 equiparou o direito ao lazer aos direitos de educação, saúde, moradia, trabalho dentre outros no rol dos direitos fundamentais ao incluí-lo no artigo 6º.

⁶⁸ DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. 3ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 34.

⁶⁹ LAZER. **Dicionário Michaelis**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=lazer>>. Acesso em 20/02/2017.

⁷⁰ LUNARDI, Alexandre. **Função Social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 38.

E foi além, previu também no inciso IV do artigo 7º prevendo que o salário mínimo deve ser o suficiente para garantia não somente moradia, alimentação, educação, vestuário, transporte, mas também o lazer.

O legislador constitucional deu tamanha importância ao lazer, deixando cristalino que é fator fundamental para o melhor desenvolvimento do cidadão, que o equiparou a direitos como a moradia, saúde e alimentação, devendo o Estado garantir que o salário mínimo seja o suficiente para satisfazer não somente a moradia, saúde, alimentação, questões que são obviamente fundamentais para a sobrevivência do cidadão, mas que também seja suficiente para garantia ao homem o seu lazer.

Cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não inovou com tal previsão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo XXIV já traz o direito ao lazer como indispensável ao homem para uma vida digna.

O direito ao lazer é enquadrado, constitucionalmente, como um direito pertencente a segunda geração, dentre aqueles direitos que visam garantir e proteger uma vida mais digna aos cidadãos.

Vejam a importância dada ao lazer pela Constituição ao caracterizar esse direito como fundamental, como um daqueles direitos que são essenciais à vida digna do ser humano.

Devemos considerar o binômio: aplicação imediata dos direitos fundamentais e a maior vulnerabilidade do empregado na relação.

Como podemos ver a ideia de lazer está íntima e diretamente ligada ao não trabalho, todas as definições e conceitos imputados ao lazer correspondem a ideias que vão de encontro ao trabalho.

Para o gozo do direito ao lazer o cidadão deve ter tempo livre para sua fruição. Na sociedade capitalista em que vivemos tempo livre realmente é um fato escasso, isso se pensarmos na maioria da população que trabalha como empregado com a sua jornada controlada. Cabendo ao empregado administrar os seus horários livres para conseguir conciliar com os demais direitos que podem, ou as vezes por imposição social, devem ser exercidos.

Se pensarmos naqueles empregados que se enquadram na regra geral de duração e controle de jornada da CLT, já é possível vislumbramos uma certa dificuldade ao cidadão para que exerça esse seu direito ao lazer.

No próximo tópico iremos além, analisaremos quanto aos empregados exercentes de cargo de confiança que não tem a sua jornada de trabalho controlada, que não estão sujeitos aos limites impostos pela Constituição Federal e pela CLT e que por consequência podem ter dificuldades maiores para a satisfação do seu direito ao lazer.

João Filipe Moreira Lacerda Sabino⁷¹ aponta que o lazer, como direito fundamental, é exigível do Estado, para que este traga condições para sua imediata e plena satisfação, denominado por ele este de efeito positivo. E que o lazer também é exigível que o Estado, nem os particulares podem impedir o gozo desse direito, denominado por ele de efeito negativo.

Otávio Amaral Calvet⁷² aponta que o direito ao lazer, de qualquer empregado, deve ser visto como necessidade biológica, social, psíquica e no sentido existencial.

Segundo ele a necessidade biológica correspondente a necessidade do organismo humano de descansar, evitando assim complicações médicas e podendo recuperar suas energias.

O aspecto social correspondente à interação do empregado com a sua família, amigos, etc.

O psíquico corresponde ao tempo livre para usufruir com as atividades que achar melhor, podendo participar da sociedade como membro efetivo, contribuir com a sua família ou até mesmo crescer profissionalmente.

E por fim o existencial correspondente ao crescimento individual do empregado por acesso a informações, culturas, artes e demais atividades que a sociedade proporciona e muitas vezes exige também.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coordenadoras). **Direito humanos e direitos do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

⁷² CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho**. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2005, sob orientação do Professor Doutor Renato Rua de Almeida, p 89-93.

3.2. Direito ao Lazer do Exercente de Cargo de Confiança

O direito ao lazer como direito fundamental pertence a todos os cidadãos, independentemente de qualquer fator, classe social, religião, idade, sexo e logicamente de cargo ou função.

Mas não é tão simplório assim. Como dito anteriormente, analisando todos os elementos, concluímos que já existem obstáculos suficientes para a plena satisfação do lazer para aquele empregado comum que possui horários certos para início e término da sua jornada de trabalho e por consequência início e término das suas obrigações diretas, pelos menos temporariamente até o início da próxima jornada de trabalho.

Para o empregado exercente de cargo de confiança a situação se não é pior, é ao menos mais complexas.

Primeiramente vamos estabelecer os pontos e características que entendemos por diferenciar a fruição do direito ao lazer dos empregados nesta categoria daqueles empregados comuns.

Como já apontamos anteriormente o enquadramento de um emprego na exceção do artigo 62, inciso II da CLT, excluir por completo o empregado do controle de jornada, dos limites legais de horários de trabalho, e de todas as regras previstas no Capítulo II da CLT, denominado de “Da Duração do Trabalho”.

As peculiaridades e requisitos pertinentes ao cargo de confiança caracterizam este núcleo de empregados como sendo aqueles de alto escalão, com grande importância dentro do organograma da empresa, fato que vem acompanhado das grandes obrigações, responsabilidades e deveres intimamente ligados a este cargo, como as grandes decisões e serem todas que dependem de estudos, discussões e longas e cansativas, reuniões, as viagens a negócios, que muitas vezes transcendem o “horário comercial”.

Como já indicamos no início de trabalho o decorrer dos anos serviu para ajudar a sociedade a ultrapassar os limites impostos e a tecnologia veio para ampliar ainda mais esse significado.

Todos executivos importante assim como todo empregado com os efetivos poderes de gestão apontados pela doutrina e jurisprudência como definidores do cargo de confiança, atualmente, possui uma ferramenta indispensável: o celular corporativo. Ainda não seja o próprio utilizam outra ferramenta tecnologia com as mesmas funções tais como notebooks e *tablets*.

Identificamos essa ferramenta como sendo, possivelmente, a principal causadora da dificuldade imposta aos exercentes do cargo de confiança para fruição do seu lazer, claro que não podemos descartar todos os outros fatores externos como o capitalismo selvagem em que vivemos e até mesmo as exigências e cobranças realizadas pelo empregador.

Explicaremos o motivo da indicação do celular como o principal, mas não o único, culpado. Todos os fatores ligados a limitação de jornada de trabalho, os intervalos e período de descanso, servem para possibilitar o empregado que possa descansar e recuperar as suas forças físicas e mentais.

Pois bem, sem dúvida o término da jornada de trabalho é o mais importante, ele rompe o condão existente entre o empregado e o empregador que obriga o empregado a se manter cem por cento focado nos deveres e suas obrigações para com o empregador.

Mas o celular corporativo impede o rompimento deste vínculo ao término da jornada, ele mantém o empregado “ligado” às suas obrigações de trabalho, impedindo que ocorra uma desconexão por completo, impedindo que o empregado se desconecte por completo e foque suas atenções para a fruição do lazer, seja ele em sua vertente biológica, social ou psíquica.

Ainda que o dotado do cargo de confiança consiga se desligar momentaneamente ao término da sua suposta jornada de trabalho, é absolutamente possível e comum, que seja exigido durante o seu período de descanso ou lazer dada a sua relevância no quadro da empresa, fato este que é possível e facilitado pelo celular corporativo.

Vislumbrando que o período de descanso é destinado ao lazer pode ser interrompido por necessidade de manifestação e atuação direta do gerente ou equiparado. Diante de fato resta dúvida quanto real viabilidade do empregado, uma vez conectado novamente ao ambiente de trabalho, seja por ligações, e-mails, ou qualquer outro meio viável, conseguir se desconectar novamente para que possa voltar a gozar do seu direito ao lazer. Ainda que consiga se desconectar, devemos também analisar quão prejudicial é a interrupção ao lazer e até mesmo o tempo perdido para a satisfação da necessidade momentânea do empregador.

Mas a outra possível afronta ao direito ao lazer decorrente diretamente da principal consequência da caracterização pelo cargo de confiança, que é a ausência de limitação de jornada de trabalho.

Por coincidência ou não, o gerente ou equiparado, sem limitação direta da sua jornada de trabalho assim como sem o direito de receber horas extras pelo labor extraordinário muitas vezes acaba por possuir e ser exigido de jornadas longas e exaustivas.

Como se não bastasse todos os problemas diretos à saúde do trabalhador que já apontamos causado pela fadiga e risco de acidentes e quadros clínicos, há lesão ao direito constitucional e fundamental de lazer também.

O empregador ao exigir, seja por ação ou por omissão, que o empregado dotado de cargo de confiança, com poderes de gestão no sentido amplo, cumpra jornadas de trabalho de dez, onze, doze ou mais horas diárias impede que a fruição direta ao direito de lazer.

Pois bem, já demonstramos em tópicos anteriores que a doutrina e jurisprudência majoritária entende pela constitucionalidade do artigo 62 da CLT pelo enfoque material da ausência de limitação de jornada de trabalho.

Mas não vemos argumento, ao mesmo de forma incisiva, pela inconstitucionalidade do artigo pelo reflexo e lesão ao direito ao lazer, talvez porque a lesão não é certa, sendo necessária uma análise pormenorizada de cada caso concreto para concluir pela lesão à norma constitucional ou não.

Cabe ressaltar que o direito ao lazer é fundamental, constitucional, de aplicação imediata, eficácia plena e, claro, pertinente àquele empregado dotado de cargo de confiança.

Este também possui direito de passar tempo com a sua família, com seus filhos, cônjuge, de apreciar e participar de atos da sociedade, entreter-se, divertir-se, estudar, crescer profissionalmente, e etc., mas para isso se faz necessário que o empregado possua tempo livre, desimpedido e completamente desconectado do ambiente de trabalho, caso contrário o seu lazer nunca será imediato e pleno.

Buscando pela primazia da satisfação do direito constitucional do gerente a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, através do seu enunciado número 17 já se manifestação expressamente pela inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT por ofensa direta ao a regra constitucional ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho.

Em que pese entendermos que o artigo 62, II da CLT não ofender diretamente o direito constitucional ao lazer, muitas vezes a realidade fática da sociedade demonstra a lesão ao direito como demonstramos.

Assim, existindo a lesão ao direito cabe ao empregado buscar o Poder Judiciário para a compensação monetária do lazer não desfrutado.

3.3. Distinção do Direito ao Lazer e Adicional de Horas Extras

Alice Monteiro de Barros⁷³ conceitua hora extra como sendo “o trabalho realizado em sobretempo à jornada normal do empregado, seja ela legal ou convencional”.

A natureza jurídica da hora extra é salarial, sendo encarada como parte do salário pago ao empregado e não como uma verba indenizatória ou compensatória, mas sim como o pagamento da contraprestação pela mão de obra do empregado, devendo ser considerada tal qual a hora de trabalho normal, havendo tão somente a diferenciação quanto ao valor monetário.

Ou seja, a hora extra correspondente ao pagamento pela disponibilização da mão de obra do empregado por período superior àquele estabelecido ordinariamente.

Não se pode confundir o pagamento da hora extra como sendo a compensação pelo impedimento do direito de fruição do lazer. João Filipe Moreira Lacerda Sabino⁷⁴ é incisivo:

⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 525.

O pagamento de adicional de presta apenas ao pagamento da hora e mais trabalhada com valor superior às demais, possuindo natureza salarial. Já a violação ao direito ao lazer gera indenização compensatória à lesão.

O dano ao direito ao lazer é uma consequência direta do excesso de jornada de trabalho extraordinária, e porque não, dizemos que é uma consequência do abuso de direito do empregador.

Em se tratando da indenização pela lesão ao direito ao lazer podemos apontar que a reparação deverá ocorrer por meio de estabelecimento de indenizações correspondente ao dano moral ou dano existencial como vem despontando no ordenamento jurídico.

3.4. Jurisprudências

Como já levantando anteriormente no início deste trabalho, a função do Direito é a regulamentação das relações sociais existentes entre os cidadãos que convivem em sociedade.

Mas esta regulamentação não é simples, primeiramente precisa nascer o conflito, a lide, a demanda a movimentar a máquina judiciária para que o caso concreto que analisado *sub judice* a partir daí seja possível o início de uma regulamentação da relação social.

Com a lesão ao direito ao lazer não é diferente, temos que destacar que a ascensão do direito ao lazer como direito fundamental é relativamente recente ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A sua aplicação de forma mais ampla e eficaz do âmbito das relações de trabalho começa a ganhar força e exige dos doutrinadores, magistrados, desembargadores e ministros uma posição sobre todo o cenário.

Assim, vamos analisar abaixo algumas decisões colegiadas que abordam o tema objeto das discussões e reflexões deste trabalho.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por meio do Desembargador Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros ao analisar caso concreto de jornada de trabalho excessiva apontou pela flagrante lesão ao direito ao lazer do empregado, trazendo inclusive fundamentos apontados por nós anteriormente, conforme ementa:

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coordenadoras). **Direito humanos e direitos do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO SISTEMÁTICA AO DESCANSO E LAZER. OFENSA A DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. DANO MORAL. Consoante nova abordagem doutrinária e interpretativa, a imposição de jornadas exaustivas no curso do contrato de trabalho possui aptidão para gerar dano extrapatrimonial, na modalidade de "*dano existencial*". Isto porque a ampliação do tempo de alienação com redução das pausas intervalares e prorrogação sistemática de jornada, tem por efeito colateral, entre outros, o de subtrair parcela substantiva do tempo que o empregado deve ter para si, ocasionando dano à própria existência do trabalhador, vez que importa confisco irreversível de tempo que poderia destinar ao descanso, convívio familiar, lazer, política de classe ou em geral, estudos, reciclagem profissional, práticas esportivas, música, e tantas outras oportunidades de enriquecimento do corpo e do espírito. Neste sentido conceitua Hidemberg Alves Frota: "*O dano existencial constitui espécie de dano imaterial que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão-familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social). Subdivide-se no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações. Em outras palavras, o dano existencial se alicerça em 2 (dois) eixos: de um lado, na ofensa ao projeto de vida, por meio do qual o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, ao direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e idéias que dão sentido à sua existência; e, de outra banda, no prejuízo à vida de relação, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, os mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares e experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos e reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de, culturas e valores ínsita à humanidade.*" (Hidemberg Alves da Frota, Noções Fundamentais Sobre o Dano Existencial, Revista Latino Americana de Derechos Humanos, Vol. 22 (2): 243, Julio-diciembre, 2011 (ISSN: 1659-4304 pgs. 251/ dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos 252). Sem dúvida a extensa faina contínua se traduz em cansaço e maior probabilidade de acidentes do trabalho, implicando ofensa a direitos basilares da pessoa humana. São de conhecimento público as conseqüências negativas do trabalho sem intervalo e sem descanso adequado, merecendo repúdio tais imposições. Ademais, a ausência de adequado descanso impossibilita o pleno exercício do direito ao trabalho, já que restringe as potencialidades do trabalhador ao afetar profundamente a sua saúde e capacidade físico-mental. *In casu*, restando provada a insólita conduta patronal, com a prática de abuso do poder diretivo ao exigir jornadas exaustivas (ainda que pelo mecanismo perverso da "compra" do direito irrenunciável) e restrição dos direitos ao descanso/lazer, com óbvias conseqüências à saúde do obreiro, que se via na contingência de ter que produzir sem poder refazer as energias despendidas, resultaram ofendidos direitos humanos fundamentais, atingindo-se a dignidade, a liberdade e o

patrimônio moral do demandante, de tal resultando a obrigação legal de reparar. Sentença reformada.⁷⁵

Sem dúvida que o direito ao lazer é fundamental à existência do ser humano como já apontamos no decorrer deste trabalho, mas, como também citamos, ele deve ocorrer livre de qualquer vínculo ou pendência com o ambiente de trabalho para que seja efetivo e pleno.

Assim, enquadrando ao nosso objeto cabe demonstrarmos que a não desconexão do ambiente de trabalho impedi a fruição do lazer e é o que ocorre com o gerente quando não possui a sua jornada de trabalho delimitada e limitada e que esta efetiva e diretamente ligado ao ambiente de trabalho 24 horas por dia, em razão do uso de aparatos tecnológicos como celulares e notebook.

Indicamos a ementa abaixo para demonstrar que a falta de desconexão por completo do trabalho configura a lesão do direito ao lazer:

DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. NÃO OBSERVÂNCIA POR PARTE DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS. CABIMENTO. O direito ao lazer está expressamente previsto nos artigos 6º, 7º, IV, 217, § 3º e 227 da Constituição Federal, estando alçado à categoria de direito fundamental. Também está previsto no art. 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936), no art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no art. 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, e no art. 7º, “g” e “h” do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil (Decreto 3.321/99). Ao empregador incumbe organizar a jornada de trabalho de modo a assegurar ao trabalhador a preservação da sua vida privada, social e familiar, assegurando-lhe a desconexão do trabalho. Ao impedir o efetivo descanso do empregado, o empregador exerce o poder empregatício de forma abusiva, e sua conduta caracteriza ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil. Cabível, nesse caso, indenização por danos morais, pois o trabalho invade a vida privada do trabalhador, atingindo sua esfera íntima e personalíssima, nos termos do art. 5º, V e X da Constituição Federal e dos artigos 186 e 927 do Código Civil. No caso em tela, ficou provado que o autor era escalado para plantões que duravam quatorze dias seguidos, vinte e quatro horas, podendo ser chamado pelo telefone a qualquer momento, inclusive de

⁷⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000490-69.2015.5.02.0431, Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Data do Julgamento: 08/03/2016, Data de Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=7e24cea3915eadd4cbae033a5f33f1a74e53305a&fieldName=Documento&extension=html#q=direito%20ao%20lazer.%20cargo%20de%20confian%C3%A7a.%20ofensa>>. Acesso em: 13.mar.2017.

madrugada, para dar suporte na área de tecnologia de informação. Recurso provido.⁷⁶

De fato, o caso concreto analisado pelo Tribunal Regional de São Paulo não aborda o cargo de confiança e a reflexão da compatibilidade e lesão ao direito ao lazer.

Assim, buscando trazer maiores elementos para a reflexão quanto a compatibilidade entre o cargo de confiança e o direito ao lazer vamos trazer abaixo dois trechos de votos, um da Ministra Delaíde Miranda Arantes e outro da Ministra Dora Maria da Costa, nos quais se manifestam, e assim decidem, pela incompatibilidade da figura do cargo de confiança com o gozo do direito ao lazer.

A Ministra Delaíde Mirante Arantes se manifestou no seguinte sentido:

Com fulcro nos princípios da isonomia de jornada dos trabalhadores e da dignidade da pessoa humana que norteiam a Lei Máxima, resta evidente que compete uma (re) análise do artigo 62 insculpido no texto Celetista, uma vez que está eivado de inconstitucionalidade na medida em que priva uma classe de trabalhador de gozar do direito ao lazer que está elevado como um direito fundamental da pessoa humana.

A premissa a ser adotada não é a existência formal de mecanismo de controle de jornada, mas averiguar se na realidade contratual era possível mensurar a carga horária de trabalho e, a partir dessa informação, oferecer ao trabalhador jornada digna, que tem no controle formal a garantia legal de que o trabalhador não extrapolará diariamente o limite constitucional imposto.

Nesse contexto, se a Constituição pátria prevê o valor da dignidade da pessoa humana como princípio-garantia, a releitura do artigo 62 da CLT deve ser no sentido favorável à melhoria das condições dos trabalhadores, observando-se a regra do artigo 7º, XIII, que não traz nenhuma exceção.⁷⁷

E a ministra Dora Maira da Costa assim:

Conclui-se que as exceções do art. 62 da CLT possuem constitucionalidade questionável, não somente por ofender o art. 7º, XIII, da CF, mas também por afrontar vários direitos fundamentais, que permitem ao homem seu

⁷⁶ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 0000144-88.2014.5.02.0361, Relator Ivani Contini Bramante, Data de Publicação: 18/03/2016. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta004&docId=7a73d23d61b71db035e58a031859ccdd01c5dad7&fieldName=Documento&extension=pdf#q=desconex%C3%A3o%20lazer>> . Acesso em 13.mar.2017.

⁷⁷ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 39778009120095090016, Relator Delaíde Miranda Arantes, Data de Publicação: 12/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203977800-91.2009.5.09.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANCrAAG&dataPublicacao=12/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 01.mar.2017.

desenvolvimento pleno, entre eles, a dignidade da pessoa humana e o direito ao lazer, já que estes empregados se submetem a jornadas ilimitadas, prejudicando não apenas sua saúde, mas o lazer (art. 6º, da CF).

Portanto, a ausência de limitação de jornada, sob qualquer aspecto, como no caso dos autos pela execução de atividades externas, implica na violação a garantias constitucionais, ao passo que ficam os empregados sujeitos a jornadas excessivas e a constante conexão ao trabalho. Garantias essas, entre elas o direito ao lazer, que tem sua aplicabilidade assegurada, especialmente pela sua eficácia horizontal imediata, enquanto direito fundamental previsto constitucionalmente, de grande valor e que se irradia tanto ao direito à saúde, quanto à dignidade da pessoa do trabalhador: "O tempo livre, o tempo de não-trabalho, é o pressuposto para que o indivíduo possa realizar o exercício do direito à educação, o direito ao convívio familiar, por exemplo."⁷⁸

Se analisarmos ambos os trechos que realizam a análise da compatibilidade entre a ausência da limitação de jornada decorrente da existência do cargo de confiança e o direito ao lazer vemos que chegam a mesma conclusão: pela incompatibilidade.

E existindo a incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a norma constitucional, esta deve sempre prevalecer.

Portanto podemos ver que em pese a doutrina e jurisprudência minoritária sustentar a inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT pela ausência de limitação de jornada, não podemos concordar por completo, de fato é possível a decretação da inconstitucionalidade do artigo, mas não pelos fundamentos apontados, mas sim pela colisão existente entre a ausência da limitação da jornada proporcionada pelo artigo 62 com a fruição de forma plena e imediata do direito ao lazer do empregado.

⁷⁸ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 1225008220085170004, Relatora Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 25/02/2015, Data de Publicação: 27/02/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20122500-82.2008.5.17.0004&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHivAAU&dataPublicacao=27/02/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 01.mar.2017

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito ao lazer a um patamar diferenciado, o garantindo como um direito social e fundamental a todos os cidadãos e necessário como fundamento mínimo para garantir a dignidade da pessoa humana, tudo como consequência do conhecimento da sociedade das consequências, sejam elas biológicas, existenciais, psíquica, sociais ou econômicas, da inexistência do lazer.

O direito do lazer deve ser analisado em conjunto com a regra da limitação da jornada, para que seja possível a sua efetiva e imediata fruição, afinal sem essa regra a ideia de lazer fica cabalmente prejudicada. Claro que a limitação da jornada de trabalho não é o único fator para a concretização do lazer, mas sem dúvida nenhuma é um dos mais importantes perante a sociedade atual.

Surge aí problemática com relação a falta de controle de jornada prevista no artigo 62 da CLT, que a princípio pode e, como demonstramos, muitas vezes é usada de forma indevida e abusiva pelo empregador e acaba por refletir e prejudicar o lazer do empregado.

A situação é mais complicada com relação aos gerentes e equiparados na forma do inciso II do artigo 62 da CLT, posto que dado a relevância das suas atribuições e de seu cargo perante a empresa, é exigido dele muito mais além do seu período de trabalho.

Como fator complicador temos os avanços tecnológicos que facilitam e possibilitam a realização de trabalho a distância, criando assim mais um artifício para o empregador exija daquele empregado dotado de cargo de confiança a acompanhamento e participação minuto a minuto das atividades empresariais.

Surge assim, o conflito das normas diante dos casos concretos em que vemos que, atualmente, a ausência do limite de jornada de trabalho cumulada com o avanço tecnológico gera a lesão ao direito de lazer do empregado exercente do cargo de confiança.

Por força do capitalismo voraz existente no mundo inteiro, a exceção da ausência de jornada tornou-se a regra adotada por muitas empresas, que somente vêm pontos positivos com a adoção desta prática, reduz a sua despesa com o não pagamento de horas extras aos gerentes e ainda ganha como a efetiva prestação de serviços por um período longínquo assim como pelo acompanhamento do ambiente e trabalho à distância pelo gerente.

Mas o custo desta prática para o empregado, e sociedade, embora não seja imediatamente visível, é enorme. O impedimento ao lazer representa o empecilho para o descanso integral e saudável, tanto físico quanto mental; para o desenvolvimento humano e em sociedade; atrapalha o convívio com a família; dificulta que o empregado possa evoluir cultural e profissionalmente.

Assim, as reflexões sobre as consequências da ausência do lazer, resultante ou não da falta de desconexão do ambiente de trabalho, e a compatibilidade com os gerentes com esse direito fundamental são necessário, não sendo viável que a análise do artigo 62 da CLT seja realizada unicamente sob a óptica a limitação ou não da jornada de trabalho e a sua constitucionalidade, mas sim verificando-se as minúcias existentes no caso concreto como consequência da ausência de limite de jornada cumulada com a poderes de gestão.

Como conclusão do presente trabalho podemos apontar para a existência de uma lesão ao direito do gerente pela inviabilidade da desconexão dos deveres oriundos do contrato de trabalho e do ambiente de trabalho, muito em razão dos aparelhos tecnológicos que possibilitam essa acompanhamento e trabalho à distância, mas também por culpa direta do empregador ao exigir e cobrar por tais práticas.

BIBLIOGRAFIA

ABUD, Claudia José. **Jornada de Trabalho e a Compensação de Horários**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

BARBOSA, Magno Luiz. **Redução da duração do trabalho: aspectos sociais, jurídicos, econômicos e possibilidades de empregabilidade sob perspectivas contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

_____. **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. **Consolidação da Leis Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo RE 563851 RS, 2ª Turma, Relator Cezar Peluso, Data de Julgamento: 26/02/2008, Data de Publicação: 27/03/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14723443/agregno-recurso-extraordinario-re-563851-rs/inteiro-teor-103110982?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10.nov.2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo 39778009120095090016, Relator Delaíde Miranda Arantes, Data de Publicação: 12/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203977800-91.2009.5.09.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANCRAAG&dataPublicacao=12/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 01.mar.2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo 1225008220085170004, Relatora Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 25/02/2015, Data de Publicação: 27/02/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&form>>

at=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20122500-

82.2008.5.17.0004&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHIvAAU&dataPublicacao=27/02/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 01.mar.2017

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Processo 00005406720145010531, Relator Roberto Norris, 5ª Turma, Data de Publicação: 25/08/2015. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/657682/00005406720145010531-DOERJ-25-08-2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y&#search=digite aqui...&themepath=PortalTRT1/>>. Acesso em 10.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 0000144-88.2014.5.02.0361, Relator Ivani Contini Bramante, Data de Publicação: 18/03/2016. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta004&docId=7a73d23d61b71db035e58a031859ccdd01c5dad7&fieldName=Documento&extension=pdf#q=desconex%C3%A3o%20lazer>>. Acesso em 13.mar.2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 00007291820115020371, 3ª Turma, Relator Nelson Nazar, Data de Publicação: 10/09/2013. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta002&docId=673853c2a623121ff8841e425715dc6662561c46&fieldName=Documento&extension=pdf#q=20130958888>>. Acesso em 10.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000490-69.2015.5.02.0431, Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Data do Julgamento: 08/03/2016, Data de Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=7e24cea3915eadd4cbae033a5f33f1a74e53305a&fieldName=Documento&extension=html#q=direito%20Oao%20lazer.%20cargos%20de%20confian%C3%A7a.%20ofensa>>. Acesso em: 13.mar.2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo 0001277-75.2010.5.03.0104, Relator Luiz Ronan Neves Koury, 2ª Turma, Data de Publicação: 24/02/2012. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=896045&acesso=b048535c0612a6cfacaa8f50f06b9280>>. Acesso em 10.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo 0021196-54.2014.5.04.0404. Relator Juraci Galvão Junior, 8ª Turma. Data do Julgamento: 18/09/2015. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:5HqIaqz0tweJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D2524161%26v%3D5048322++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2011-03-12..2017-03-

12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 10.fev.2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0001104-70.2011.5.05.0133, Relatora Léa Nunes, 3ª Turma, Data de Publicação: 30/05/2014. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=575947>. Acesso em 10.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0023200-50.2009.5.05.0133, Relator Renato Mario Borges Simões, 2ª Turma, Data da Publicação: 24/08/2012. Disponível em:

<https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=334582>. Acesso 10.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do trabalho da 5ª Região. Processo 68500532008505009, Relator Marama Carneiro, 1ª Turma, Data de Publicação: 12/08/2009. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlob.asp?v_id=161824>. Acesso em 10.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Processo 0001316-43.2014.5.06.0009 RO. Relatora Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Data do Julgamento: 30/01/2017. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=4292747&tipoProcesso=eletronico>>. Acesso em 20.fev.2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Processo 0000437-77.2010.5.14.0001, Relator Desembargador Vulmar de Araujo Coelho Junior, Primeira Turma, Data de Julgamento: 30/08/2010, Data de Publicação: 06/09/2010. Disponível em: <http://pesquisa.trt14.jus.br/db/rac-scan/INDEX_ACORSENTMONO_GSA/azE9MiwXODY2OTEz>. Acesso em: 14.nov.2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Processo 16242220125150002 RO. Relator Desembargador Luiz Roberto Nunes, Data de Julgamento: 09/04/2013, Data de Publicação: 19/04/2013. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:_o5UuLIQuEIJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/028/02813013.rtf+MOTORISTA.+TRABALHO+EXTERNO.+IMPOSSIBILIDADE+DE+EFETIVO+CONTROLE+DO+INTERVALO.+Em+se+tratando+de+trabalho+externo,+presume-se+gozado+o+intervalo+intra+jornada,+pois+o++inmeta:DS_NOME_PESSOA%3DLUIZ%2520ROBERTO%2520NUNES+inmeta:DS_CLASSE_JUDICIAL_SIGLA%3DRO&site=jurisp>

&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em 26.nov.2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo 9891900-16.2005.5.09.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/02/2011, Data de Publicação: 25/02/2011. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%209891900-16.2005.5.09.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKi5AAC&dataPublicacao=25/02/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 15.nov.2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo 2022620115150041. Relator Mauricio Godinho Delgado, Data do Julgamento: 19/03/2014, Data da Publicação: 21/03/2014. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20202-26.2011.5.15.0041&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANt5AAF&dataPublicacao=21/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 12.dez.2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo 654375-58.2000.5.05.555, Relator João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 17/04/2009. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20654375-58.2000.5.05.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAApnlAAU&dataPublicacao=17/04/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em 10.nov.2016.

CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata do Direito Social ao Lazer nas Relações Privadas de Trabalho**. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2005, sob orientação do Professor Doutor Renato Rua de Almeida.

_____. **O direito ao lazer nas relações do trabalho**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/otavio_calvet_direito_ao_lazer.pdf>. Acesso 13.fev.2017.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª Edição Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coordenador). **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.
- DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. 3ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- FOGLIA, Sandra Regina Pavani. **Lazer e Trabalho: um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais**. 1ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LEE, SANGHEON. **Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada**. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf>.
- LUNARDI, Alexandre. **Função Social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- MACIEL, Álvaro dos Santos. **O art. 62 da CLT e a ofensa ao direito ao lazer do trabalhador: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6221&revista_caderno=25>. Acesso em 13.mar.2017.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Adalberto. **Manuel Didático de Direito do Trabalho**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MINHARRO, Francisco Luciano. **Cargos de Confiança e empregados exercentes de altas funções**. São Paulo: Ícone, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.
- PAPA, Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. 1981. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em 07. Mar.2017.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana de Paula Vaz de (Coordenadoras). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: Método, 2011.

SILVA, Alessandra da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coordenadores). **Direito Humanos: essência do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Ciro Pereira da. **Jornada Flexível de Trabalho: ferramenta para administrar flutuações de produção**. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol**. São Paulo: LTr: 2013.

SOARES, Rodrigo Chagas. **Caminhando da Jornada Móvel e Variável para o Trabalho Intermitente**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_25517222_CAMINHANDO_DA_JORNADA_MOVEL_E_VARIAVEL_PARA_O_TRABALHO_INTERMITENTE.aspx>. Acesso em: 16.mar.2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 08.mar.2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho, volume 2**. 20ª Edição Atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2002.

TRINDADE, Analuisa Macedo. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19062/do-direito-ao-lazer-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 26. Ago.2016.