

LUANA MADUREIRA DOS ANJOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62, II, DA
CLT**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

PUC-SP
São Paulo
2013

LUANA MADUREIRA DOS ANJOS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62, II, DA CLT

Projeto de Pesquisa e Monografia Jurídica, apresentado à Banca examinadora do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho sob a orientação do Professor Mestre Fernando Rogério Peluso.

SÃO PAULO

2013

RESUMO

A presente monografia tem por fim o estudo da compatibilidade do texto do artigo 62, II, da CLT, anterior e posterior à lei 8.966/1994, com a ordem constitucional de 1988, vez que essa norma exclui do empregado exercente de cargo de confiança os direitos relativos à duração do trabalho, enquanto que o artigo 7º, XIII e XVI, da Constituição vigente, garante a todos os trabalhadores o direito fundamental de ter a jornada de trabalho limitada em 8 horas diárias e 44 semanais e perceber remuneração superior em pelo menos 50% pelo labor que a exceda. Assim, por meio do estudo dessas garantias, da evolução constitucional brasileira quanto ao tema, da sua importância social e biológica, e ainda da redação do artigo 62, II, da CLT e posição da doutrina e Tribunal Superior do Trabalho, a presente monografia propõe uma análise da congruência desse dispositivo com o ordenamento jurídico de 1988.

Palavras-Chave: jornada de trabalho; limitação; cargo de confiança; não recepção; inconstitucionalidade.

RESUMEN

La presente monografía tiene como finalidad el estudio de la compatibilidad del texto del artículo 62, II, de la CLT, anterior y posterior a la ley 8.966/1994, con el orden constitucional de 1988, ya que esa norma excluye del empleado ejerciente de cargo de confianza los derechos relativos a la duración del trabajo, mientras que el artículo 7º, XIII e XVI, de la Constitución vigente, asegura a todos los trabajadores el derecho fundamental de tener la jornada de trabajo limitada a 8 horas diarias y 44 semanales y percibir remuneración superior en al menos un 50% por el labor excedente. Así, por intermedio del estudio de esas garantías, de la evolución constitucional brasileña en cuanto al tema, de su importancia social y biológica, y aún de la redacción del artículo 62, II, de la CLT, y posición de la doctrina y del Tribunal Superior del Trabajo, la presente monografía propone un análisis de la congruencia de este artículo con el ordenamiento jurídico de 1988.

Palabras-clave: jornada de trabajo; limitación; cargo de confianza; no recepción; inconstitucionalidad.

INTRODUÇÃO	6
1. DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO DO TRABALHO	8
1.1. A duração do trabalho nas constituições federais brasileiras: breve histórico	8
1.2. A duração do trabalho na Constituição Federal de 1988	14
1.2.1. Breves Considerações	14
1.2.2. O limite da duração do trabalho como um direito fundamental	15
1.2.2.1. Dimensões e aspectos do limite da duração do trabalho como um direito fundamental	16
1.2.3. Artigo 7º, XIII e XVI, da C.F./88	20
1.2.3.1. Aspectos jurídicos da norma: imposição de duração máxima de trabalho e normas de eficácia plena	20
1.2.3.1.1. Imposição de trabalho com duração limitada	20
1.2.3.1.2. A eficácia plena da norma	24
1.2.3.2. Aspectos sociais, biológicos e políticos da norma: o viés do direito ao descanso e ao lazer	26
2. O ARTIGO 62, II, DA CLT	31
2.1. Breves Considerações	31
2.2. Histórico	32
2.2.1. Período anterior à Lei 8.966/1994: artigo 62, “b”, da CLT	32
2.2.2. Período posterior à Lei 8.966/1994: artigo 62, II, e parágrafo único da CLT	34
2.3. Fundamentos e objetivos da norma	41
3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62, II, DA CLT	50
3.1. Breves considerações: não recepção e inconstitucionalidade	50
3.2. Posição da doutrina	53
3.2.1. O adjetivo “normal”	54
3.2.2. Incompatibilidade de Controle	57
3.3. Posição do Tribunal Superior do Trabalho	64
3.4. Da não recepção do artigo 62, “b”, da CLT e inconstitucionalidade do artigo 62, II, da CLT	69
CONCLUSÃO	77
BIBLIOGRAFIA	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim a análise da constitucionalidade do artigo 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, na medida em que se trata de norma que prevê a exclusão de determinados empregados de todos os direitos relativos à duração do labor, em razão do exercício de cargo de gestão.

A necessidade de tal estudo se mostrou imperiosa na medida em que, até mesmo diante de uma leitura descomprometida da norma, salta aos olhos a incompatibilidade da redação do dispositivo celetista em comento com o texto dos incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Isso porque esses incisos constitucionais garantem o direito a uma jornada de trabalho limitada em 8 horas diárias e 44 semanais para todos os trabalhadores, não aduzindo a qualquer exceção quanto à espécie de empregado ou trabalho exercido, estabelecendo ainda o direito à remuneração pelo labor em jornada excedente superior em, no mínimo, 50% à correspondente ao trabalho dentro desses limites de duração impostos.

Entretanto, para se poder constatar com precisão e certeza a incongruência que se evidencia de uma leitura até mesmo despretensiosa das normas celetista e constitucionais em comento, o presente estudo propõe uma análise detalhada e aprofundada dessas, observando-se o histórico, evolução, objetivo e importância social das previsões ali contidas.

Assim, inicialmente, este trabalho abordará o histórico constitucional das normas limitadoras da duração do trabalho no país, bem como a sua evolução, importância, e fim social, biológico e político-econômico, analisando-se as mudanças trazidas na Constituição Federal de 1988 e o significado dessa espécie de norma - assim como os demais direitos trabalhistas - ter sido elevada à categoria de direito fundamental do trabalhador.

Nessa linha de raciocínio, se estudará, em um segundo momento deste trabalho, o artigo 62, II, da CLT, analisando-se a sua redação atual e anterior à lei nº 8.966/1994, quando então a previsão estava contida na alínea “b” desse mesmo dispositivo, no sentido de se verificar o texto que vigia quando da edição da Constituição Federal de 1988, bem como as alterações sofridas e os objetivos e fins da norma, onde se constatará que referida lei, de forma inexplicável, trouxe um abrandamento do conceito de cargo de gestão, possibilitando o enquadramento de uma maior gama de empregados nessa norma de exclusão.

Nesse sentido, alcançar-se-á o terceiro e último momento do presente estudo, onde se fará o confronto dos dispositivos celetista e constitucionais em comento, buscando-se verificar se a redação original do artigo 62, II, da CLT, isto é, anterior à lei nº 8.966/1994, então contida na alínea “b”, foi ou não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, bem como se essa lei e, por conseguinte, o texto de exclusão atualmente vigente, é ou não constitucional, abordando-se de forma breve os conceitos de recepção e constitucionalidade, para então passar-se à análise da posição da doutrina e do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema.

Assim, o presente trabalho, por meio de um estudo aprofundado do artigo 62, II, da CLT, observando-se sua redação anterior e posterior à lei nº 8.966/1994, e dos incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista a importância da limitação da jornada de labor não apenas para a vida social e saúde do trabalhador, como para toda a sociedade, e ainda os próprios aspectos jurídicos da norma constitucional que garante esse direito ao empregado, propõe uma análise da congruência do dispositivo celetista em questão com o ordenamento jurídico de 1988, apresentando uma discussão sobre a sua constitucionalidade.

1. DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO DO TRABALHO

1.1. A duração do trabalho nas constituições federais brasileiras: breve histórico

Após a Primeira Guerra Mundial, com a massificação da classe de trabalhadores, expressividade do proletariado na sociedade e conseqüente aumento do confronto entre o capitalismo e o trabalho, este se torna uma questão social política, surgindo a necessidade de intervenção do Estado, até então Liberal, nessas questões, aparecendo os direitos de segunda geração, quais sejam, os direitos sociais, em claro trânsito para o Estado Social.

Nesse contexto, surge, no século XX, o constitucionalismo social, expandido pela Constituição alemã de Weimar, com o abandono aos conceitos liberais - individualistas do século XIX.

No Brasil, a constitucionalização dos direitos sociais tem expressão com a sua terceira Constituição, a de 1934, pioneira na questão trabalhista, positivando alguns direitos da classe operária, numa espécie de concessão da elite social até então dominante, tendo em vista o elevado grau de insatisfação social, no sentido de se evitar o rompimento radical e completo da estrutura social até então vigente, e a eclosão de mais revoltas, como bem explica Marcelo Freire Gonçalves:

*No Brasil, o Constitucionalismo Social é inaugurado na Constituição de 1934. A Revolução de 1930, o movimento Tenentista da década de 20 e Revolução Constitucionalista de 1932 representaram a relativa insatisfação com a ordem capitalista vigente. Ainda que não tenha ocorrido uma ruptura com o modelo econômico e político vigente à época, a classe trabalhadora ganhou espaço por meio de suas agremiações, fazendo com que a dramática insatisfação social, antes reprimida pelo aparelho policial, passasse a ser alvo de um diálogo mais amplo. Nesse passo, a elite econômica foi obrigada a fazer concessões a fim de evitar a ruptura total da ordem econômica vigente, permanentemente ameaçada por revoltas operárias sangrentas.*¹

¹ GONÇALVES, Marcelo Freire. **Judicialização dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho**. Tese de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. Disponível

Aliás, só se pode falar em Direito do Trabalho propriamente dito no Brasil a partir da Revolução de 1930, quando então os reflexos da crise econômica de 1929 requerem a intervenção do Estado no processo de industrialização do país, até então eminentemente agrário, e de controle dos distintos interesses opostos que advêm desse processo, surgindo, dessa forma, a necessidade de regulamentação dessas relações de trabalho, na medida em que a massa operária toma cada vez mais espaço, visão e poder na sociedade.

Vê-se, pois, que o Direito do Trabalho nasce, no Brasil e no mundo, juntamente com a intervenção do Estado na questão social, advinda da luta entre o capital e o proletariado, na medida em que este último toma força na sociedade e impõe a urgência de que lhe sejam garantidos direitos capazes de assegurar a sua dignidade como ser humano.

Portanto, o Direito do Trabalho surge como um direito social, em verdadeira reação humanista da sociedade, impondo ao Estado a precisão de intervenção para a garantia desse direito, donde advém a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, muito bem definido por José Luciano de Castilho Pereira:

*Nessa nova ordem jurídica, a intervenção do Estado no domínio do contrato deixou de ser apenas supletória, para ser limitadora da vontade individual e disciplinadora de certos objetivos que transcendem a vontade dos contratantes.*²

Nesse contexto histórico, no Brasil, após a promulgação de alguns decretos-leis em matéria trabalhista, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, pela primeira vez na história constitucional do país, versa sobre os direitos relativos à relação de trabalho, no rol dos direitos sociais, os quais também são alvo de estréia constitucional.

em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13919. Acesso em: 27.10.2012. p. 58/59.

² PEREIRA, José Luciano de Castilho. **70 anos da Justiça do Trabalho**. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho - Edição Comemorativa dos 70 anos da Justiça do Trabalho. Brasília, abr/jun. 2011, vol. 77, n. 2. p. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25136/77-2.pdf?sequence=1#page=236>. Acesso em: 28.10.2012. p. 70/71.

Explica Amauri Mascaro Nascimento³ que em matéria de direito individual trabalhista, a Constituição em questão trouxe como principais normas “a isonomia, o salário mínimo, a jornada diária de oito horas, a proibição do trabalho noturno para menores de dezesseis anos, a proibição do trabalho insalubre para menores de dezoito anos e para as mulheres, o repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos, as férias, a indenização e o princípio da regulamentação do exercício de todas as profissões.”

Assim, especificamente quanto à jornada de trabalho, o artigo 121, parágrafo 1º, “c” e “e”, da Constituição de 1934, incluso no “Título IV- Da Ordem Econômica e Social”, limitou em 8 horas, com possibilidade de prorrogação apenas por meio de lei, e previu o repouso semanal, de preferência aos domingos, nos seguintes termos:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do 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 previstos em lei;
 (...)
 e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;

Vê-se, entretanto, que à época, os direitos dos trabalhadores, ainda que previstos como direitos sociais, o que já vem a romper com a idéia de contrato civilista, onde a vontade das partes deveria ser respeitada acima de tudo, ainda não estava inserido entre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, eis que inclusos em título a parte, conforme visto.

A Constituição do Brasil de 1937, outorgada, marco da instauração da ditadura Vargas, intervencionista, altamente restritiva para as relações coletivas de trabalho⁴ e corporativista, inspirada na Carta ditatorial polonesa de 1935, inova com

³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.08.

⁴ Ibidem. p.09.

a definição de trabalho, trazendo-o como um “dever social”, que deve ser garantido e protegido pelo Estado⁵.

Entretanto, com relação ao rol de direitos sociais dos trabalhadores, inseridos na Ordem Econômica, a Constituição de 1937 praticamente não se diferencia da anterior (Constituição de 1934), apenas com algumas novas previsões, sendo que, com relação à duração do trabalho, mantém a limitação da jornada de 8 horas diárias, com a possibilidade de prorrogação apenas por meio de lei, e o direito ao repouso semanal aos domingos, acrescentando o direito ao descanso em feriados civis e religiosos, conforme artigo 137, “d” e “i”:

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

(...)

d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

(...)

i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;

Nesse quadro político social brasileiro, durante a vigência da Constituição outorgada de 1937, no Estado Novo, sob a ditadura Vargas, em 1943, advém a Consolidação das Leis do Trabalho.

Três anos após o advento da Consolidação Trabalhista, na tentativa de redemocratizar o país, é promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, com significativo avanço dos direitos trabalhistas, inseridos no “Título V – Da Ordem Econômica e Social”, sendo o trabalho mantido como uma questão e obrigação social, no sentido de se garantir a existência digna (artigo 145, parágrafo único⁶).

⁵ Art 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

⁶ Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.
Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

No que concerne à duração do trabalho, a previsão de limite da jornada diária em 8 horas, com prorrogação apenas por meio de lei, é mantida, sendo que o trabalhador passa a ter direito ao repouso semanal remunerado, tal qual preconizavam os incisos V e VI do artigo 157 da Constituição de 1946, abaixo transcritos:

Art. 157 A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria das condições dos trabalhadores:

(...)

V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei;

VI – repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

(...)

Com a Revolução de 1964, sob o Regime Militar, advém a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, que traz como um dos princípios da Ordem Econômica a “valorização do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana”⁷, previsão que é mantida na Emenda Constitucional de 1969⁸.

Assim, os direitos trabalhistas mantêm-se, em ambas as Constituições supracitadas, nos títulos destinados à “Ordem Econômica e Social”, nos incisos do artigo 158 da Constituição de 1967 e nos incisos do artigo 165 da Emenda Constitucional de 1969, onde restam mantidos os direito ao repouso semanal remunerado e à jornada de trabalho não excedente à 8 horas diárias.

Contudo, não há mais preferência de que o repouso semanal ocorra aos domingos e passa-se a prever o intervalo para descanso, bem como a exceção do direito à limitação da jornada de 8 horas diárias nos “casos especialmente previstos”,

⁷ Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

⁸ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

conforme se evidencia nos incisos VI e VII dos artigos 158 da Constituição de 1967 e 165 da Emenda de 1969:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

(...)

VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;

VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

(...)

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;

VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

(...)

Portanto, viu-se até aqui que o direito do trabalho, desde a sua primeira previsão constitucional na história do país, até a Emenda Constitucional de 1969, inseriu-se no capítulo dedicado à Ordem Econômica e Social e estabeleceu a limitação da jornada de trabalho diária em 8 horas, o que significava a permissão de uma jornada de trabalho de 48 horas semanais, na medida em que o repouso semanal remunerado corresponde a um dia da semana, havendo ainda autorização para previsão de jornadas diferenciadas, isto é, extrapolação ou redução, em casos especiais ou por meio de lei.

Tais considerações são de extrema importância para uma melhor compreensão quanto à matéria na Constituição Federal de 1988, fruto da nova república, a qual será objeto de estudo no item que segue.

1.2. A duração do trabalho na Constituição Federal de 1988

1.2.1. Breves Considerações

A Constituição Federal de 1988 estabelece como direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, conforme rol trazido em seu artigo 6º, já alterado pela EC nº 64/2012⁹, que incluiu a alimentação como um direito social.

Assim, na Constituição atual o trabalho continua a ser tratado como um direito social, com previsão nos artigos 7º ao 10. Entretanto, os direitos sociais são introduzidos no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II – (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), sendo, assim, elevados à categoria de Direitos Fundamentais com a Constituição de 1988.

Elevados à categoria de Direitos e Garantias Fundamentais, os direitos trabalhistas ainda representaram claro progresso social com o advento da Constituição Federal de 1988, o que foi digno de nota por Amauri Mascaro Nascimento, já em 1989, em comentários à então recentíssima Constituição brasileira, conforme suas palavras:

A redução da jornada semanal para quarenta e quatro horas, a jornada diária de seis horas nos sistemas de turnos ininterruptos de revezamento, o adicional de 50% nas horas extraordinárias, a elevação para quatorze anos da idade mínima para o trabalho do menor empregado, a ampliação para cinco anos do prazo prescricional, o acréscimo de um terço na remuneração das férias, ampliação progressiva dos prazos de aviso prévio, a autorização para que sejam fixados pisos salariais além do salário mínimo, a desvinculação da participação nos lucros do salário e o conseqüente impulso que poderá receber nas negociações, a participação dos trabalhadores nos colegiados que discutem assuntos do seu interesse, o aumento da duração da licença da gestante em cento e vinte dias são conquistas do trabalhadores que, sob o prisma social,

⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

*apresentam-se também como vantagens que resultam da nova Constituição, embora sob o prisma econômico possam ser caracterizadas como mais onerosas ao empregador. Avanço social, inegavelmente, essas medidas representam.*¹⁰

Vê-se, portanto, que, em relação aos direitos dos trabalhadores, tratados como direitos sociais fundamentais, a Constituição Federal de 1988 acrescentou e reformulou alguns já previstos, em significativo avanço social.

No que concerne à duração de trabalho, prevista no rol de direitos individuais dos trabalhadores, inserido no artigo 7º, a Constituição Federal de 1988 reduziu a carga de trabalho semanal do trabalhador, passando a prever a limitação da jornada em 8 horas diárias e 44 semanais, além de deixar de prever a possibilidade de jornada legal superior, apenas permitindo a sua redução ou compensação por meio de normas coletivas, trazendo, ainda, o direito à remuneração pela jornada extraordinária em, no mínimo, 50% superior à do trabalho normal.

Nota-se, assim, que, em claro avanço social, com o advento da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, o limite da jornada de trabalho, além de ser previsto como um direito social fundamental do trabalhador, foi reduzido em sua carga semanal, e qualquer forma de previsão de jornada superior restou desautorizada, conforme será objeto de estudo detalhado nos próximos subitens.

1.2.2. O limite da duração do trabalho como um direito fundamental

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 elevou os direitos sociais trabalhistas à categoria de direitos e garantias fundamentais, de modo que o limite à jornada de trabalho tornou-se um direito fundamental do trabalhador com o advento da constituição atual.

¹⁰ NASCIMENTO, op. cit., p.18.

Entretanto, é necessário que se entenda a importância, o alcance e o significado de os direitos trabalhistas, e, conseqüentemente, a limitação da jornada de trabalho, passar a ser tratada constitucionalmente como um direito fundamental do trabalhador.

Nesse sentido, tendo em mente essa compreensão, torna-se imperioso, neste momento, uma breve digressão a respeito a respeito dos direitos fundamentais, suas dimensões subjetiva e objetiva, bem como os seus aspectos formal e material.

1.2.2.1. Dimensões e aspectos do limite da duração do trabalho como um direito fundamental

A doutrina distingue os direitos do homem, direitos humanos e os direitos fundamentais.

Nessa esteira de raciocínio, encontra-se Valério de Oliveira Mazzuoli¹¹¹², que entende pela existência dessa distinção na Constituição Federal de 1988, explicando que os direitos do homem se tratariam de um conjunto de direitos que, muito embora advenham da própria condição humana, ainda não se encontram positivados, seja em textos constitucionais ou tratados internacionais, donde se evidencia tratar-se de uma expressão de cunho jusnaturalista, contrapondo-se, então, aos ideais positivistas.

Já os direitos humanos, para esse mesmo autor, seriam os direitos derivados da própria condição humana e que foram reconhecidos pelo Direito Internacional, os quais, nas palavras de André de Carvalho Ramos¹³, podem ser definidos como um “conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar, em um

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.804.

¹² No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 249.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implantação dessas decisões no direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 27.

dado momento histórico, uma vida ao ser humano que seja baseada na liberdade, na igualdade e na dignidade”.

Os direitos fundamentais, por sua vez, se apresentam como os direitos da pessoa humana consagrados na constituição de um país, relacionando-se, então, aos aspectos internos de proteção.

Diante dessas definições, os direitos fundamentais no presente trabalho serão compreendidos como os direitos humanos, inerentes ao ser humano, positivados na Constituição Federal de 1988, dentre os quais, conforme visto, se enquadram os direitos sociais trabalhistas.

Tendo tais premissas em mente, importante notar que os direitos fundamentais podem ser compreendidos em suas dimensões subjetiva e objetiva, que mantêm entre si uma relação de complemento recíproco.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais confere aos indivíduos pretensões para que adotem ou não determinado comportamento, isto é, trata esses direitos como um direito subjetivo, gerando ao seu titular a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais faz com que esses transcendam a perspectiva individual, passando a ser considerados como normas fundamentadoras de toda a sociedade e de toda a atuação estatal, como um valor em si¹⁴, que deve ser preservado e fomentado¹⁵.

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado a sua ação positiva, de modo que sob essa perspectiva esses direitos podem ser

¹⁴ SARLET, op. cit. p. 296.

¹⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, abril/2002, vol. 798. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Fedu%2Farticle%2Fdownload%2F1495%2F1179&ei=7YoCUY6XI5Pa8ATdh4C4Bg&usq=AFQjCNGgCgo1J4cL7Wdti8RHjN9anzzx0A&sig2=WHw3jyR9gZzEILicahVLjQ&bvm=bv.41524429,d.eWU>. Acesso em: 01.12.2012. p. 37 e 45.

definidos como o “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”, conforme explica Ingo Sarlet.¹⁶

Nesse sentido, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais faz com que surjam deveres, isto é, regras impositivas de comportamento para o Estado, tais como o dever de proteger os direitos fundamentais contra agressões advindas dos próprios Poderes Públicos, que podem se manifestar por meio de leis, e o dever de adotar medidas que garantam efetividade aos direitos fundamentais, por meio da criação de procedimentos e estruturas para proteger e satisfazer os direitos subjetivos dos indivíduos.

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cria para o Estado o dever de fornecer um amplo arcabouço institucional no qual esses direitos possam florescer, cobrando a adoção de providências (materiais ou jurídicas) estatais para resguardar o bem jurídico protegido individual e subjetivamente, vislumbrando-se, de forma clara, que a dimensão objetiva interfere na própria dimensão subjetiva dos direitos humanos.

Pois bem, tendo em vista a definição de direitos fundamentais, e a compreensão das suas dimensões subjetiva e objetiva, impera neste momento a análise dessa espécie de direito em seu aspecto formal e material.

Explica Sarlet¹⁷ que o marco distintivo que faz com que uma posição jurídica reconhecida e protegida na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados seja um direito fundamental é a sua fundamentalidade, simultaneamente, formal e material.

A fundamentalidade material está relacionada ao conteúdo dos direitos fundamentais, devendo conter decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, sobre a posição ocupada pela pessoa humana no Estado e na sociedade.

¹⁶ SARLET, op.cit. p. 296

¹⁷ SARLET, op.cit. p. 266.

A fundamentalidade formal, a sua vez, traduz a noção de que tais direitos encontram-se definidos segundo um regime jurídico fixado na Constituição Federal, de forma qualificada, de modo expresso ou implícito, no qual os direitos fundamentais gozam da supremacia hierárquica das normas constitucionais, estando protegidos, formal e materialmente, do poder de reforma constitucional, bem como tendo aplicação imediata.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê de forma explícita a aplicação imediata dos direitos fundamentais, conforme §1º, do artigo 5º, que determina “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Tendo referida norma em mente, explica Amauri Mascaro Nascimento, ao dissertar sobre o direito do trabalho na Constituição de 1988, que “como primeira conclusão, as normas de direitos trabalhistas e garantias fundamentais terão efeito imediato a partir do dia de início da vigência da Constituição, desde que não necessitem de regulamentação”¹⁸, tal qual as normas limitadoras da jornada de trabalho, conforme rol de normas de aplicação imediata que esse autor apresenta na mesma obra.

Pois bem, diante de tudo quanto visto até o momento, já se é possível chegar à conclusão de que a previsão da limitação da jornada de trabalho na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental confere esse direito subjetivo ao trabalhador, gerando-lhe a possibilidade de pleiteá-lo judicialmente (dimensão subjetiva), e impõe ao Estado o dever de proteger esse direito do empregado contra agressões advindas dos próprios Poderes Públicos, bem como de adotar medidas que garantam a sua efetividade (dimensão objetiva).

Ainda, a Constituição Federal de 1988, ao trazer a limitação da duração do trabalho como um direito fundamental, também garante a supremacia hierárquica desse direito com relação às demais normas constitucionais, protegendo-o de reforma constitucional e garantindo, por previsão expressa, a aplicação imediata

¹⁸ NASCIMENTO, op.cit. p.20.

desse direito ao trabalhador (artigo 5º, §1º), que, por certo, tem de ser protegido e garantido pelo Estado, por meio de ações positivas, tendo em vista a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

1.2.3. Artigo 7º, XIII e XVI, da C.F./88

1.2.3.1. Aspectos jurídicos da norma: imposição de duração máxima de trabalho e normas de eficácia plena

A Constituição Federal de 1988, em absoluta inovação constitucional na história brasileira, além de elevar todos os direitos trabalhistas à categoria de direitos fundamentais, ainda definiu um limite máximo para a jornada de trabalho, o qual foi também reduzido semanalmente para 44 horas, não permitindo a previsão de jornada superior, seja em casos especiais, como previa a Constituição de 1967, seja por meio de lei, como previam as Constituições anteriores.

Tendo isso em mente, neste momento, imperiosa se faz a análise das consequências e repercussões jurídicas dessas alterações trazidas pela Constituição de 1988, no que concerne às normas constitucionais limitadoras da jornada de trabalho e garantidoras de remuneração superior pelo labor extraordinário, constantes nos incisos XIII e XVI, do artigo 7º.

1.2.3.1.1. Imposição de trabalho com duração limitada

A Constituição de 1988, de forma absolutamente diversa das Cartas Magnas até então existentes no país, consignou de modo expresso que a jornada ali definida pode unicamente ser reduzida ou compensada, prevendo, ainda, que em sendo ultrapassado o limite máximo imposto, o trabalhador tem direito à percepção de remuneração correspondente, com acréscimo mínimo de 50% com relação à da jornada normal, conforme dicção dos incisos XIII e XVI do artigo 7º:

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

(...)

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

(...)

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Assim, vê-se que as normas constitucionais supra estabelecem um limite máximo de duração normal de trabalho, que, quando ultrapassado, gera o direito ao obreiro de perceber remuneração extra, superior, no mínimo, em 50% ao valor da hora ordinária de trabalho.

A única flexibilização à duração normal do trabalho aceita pela Constituição de 1988 é quanto à compensação de horários, por meio de norma coletiva, mediante a redução da jornada em determinados dias, ou mesmo da semana, mas sempre com respeito ao limite máximo imposto.

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind¹⁹, ao comentar o inciso XIII, do artigo 7º, explica que a Constituição atual fixou a duração normal do trabalho à razão do dia e da semana, estabelecendo um limite máximo, o que implica em se concluir que:

- a) a lei poderá adotar limite inferior para atividades profissionais que justifiquem o tratamento diferenciado (o princípio da isonomia permite que se trate diversamente situações desiguais);*
- b) A convenção ou o acordo coletivo e, se malograda a respectiva negociação, a sentença normativa da Justiça do Trabalho, poderão estabelecer limites inferiores para determinadas atividades ou funções;*
- c) O contrato individual do trabalho e o regulamento da empresa, cujas normas sobre condições de trabalho aderem àquele, poderão estipular duração normal de trabalho abaixo do parâmetro imposto pelas regras cogentes aplicáveis.²⁰*

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: Editora LTr, 1997. p.792.

²⁰ Ibidem. p.792/793.

Ainda, acrescenta Sússekind que “as condições mais favoráveis ao trabalhador prevalecerão sempre, independentemente da hierarquia dos correspondentes atos jurídicos.”²¹

Nessa mesma linha de raciocínio está José Augusto Rodrigues Pinto²², o qual explica que o dispositivo em comento traz uma garantia constitucional “mínima e genérica”, autorizando ao legislador infraconstitucional a fixação de qualquer outra jornada, desde que “inferior e específica”.

Amauri Martins Ferreira²³ vai mais longe, e, dissertando de forma clara a respeito dos incisos XIII e XVI do artigo 7º explica que a Constituição Federal de 1988 limitou a jornada de trabalho de forma explícita e garantiu o direito à remuneração superior em cinquenta por cento à do trabalho normal em caso de extrapolação, “não admitindo qualquer exceção em razão da pessoa, sexo, condição social ou tipo de atividade exercida”, e aduzindo que quando o poder constituinte teve a intenção de admitir a discriminação, o fez de forma expressa, como, por exemplo, ao proibir o trabalho noturno, insalubre ou perigoso para menores de dezoito anos, no inciso XXXIII do artigo 7º.

Diante disso, fica claro que a Constituição Federal de 1988, diversamente das constituições brasileiras anteriores, estabeleceu um limite máximo à jornada de trabalho, proibindo e tornando sem efeito previsões legislativas de duração normal do trabalho superior e gerando ao trabalhador o direito de percepção de remuneração com adicional de cinquenta por cento em caso de extrapolação da jornada normal.

Imperioso que não se olvide que a Constituição vigente retirou a previsão de exceção genérica à duração normal do trabalho existente desde a primeira Constituição brasileira que tratou de matéria trabalhista, passando a prever exceção específica e expressa de possibilidade de flexibilização, conforme visto, restando evidente a intenção constitucional de se estabelecer um limite máximo da duração

²¹ SÜSSEKIND, op.cit. p.793.

²² PINTO, op.cit. p. 376/377.

²³ FERREIRA, Amauri Martins. **Gerências e Chefias Bancárias e o Direito à hora extra**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região. Belo Horizonte, jan.98/dez.98. p. 144/145.

normal da jornada de trabalho a ser respeitado pelas legislações inferiores, ao deixar de repetir as normas constitucionais relativas à jornada de trabalho que se faziam presentes desde 1934.

Por essa mesma razão, isto é, por deixar de repetir o texto constitucional anterior relativo à duração do trabalho, é evidente que o adjetivo “normal”, presente no inciso XIII, do artigo 7º, da atual Constituição, faz referência à duração do trabalho, e não ao trabalho, eis que se a intenção do constituinte fosse outra, bastaria que se repetisse a exceção à jornada em “casos especialmente previstos”, trazida na Constituição anterior de 1967 (artigo 158) e continuada pela Emenda de 1969 (artigo 165), conforme visto no item 1.1 supra.

Vê-se, pois, que não há como se ignorar a mudança na norma constitucional relativa à jornada de trabalho trazida na Constituição de 1988, o que é muito bem explicitado por Nylson Sepúlveda²⁴, em repúdio a interpretações que preferem evitar a verdadeira letra da lei, conforme suas palavras abaixo transcritas:

*Em lugar de assimilarem a inovação introduzida pela Carta de 1988, consistente na impossibilidade de o legislador infraconstitucional ditar, dali para frente, exceções ao salutar limite de oito horas para todo e qualquer empregado, os intérpretes, voltando o seu olhar ao passado, cuidaram de por ênfase no que lhes pareceu semelhante, ao mesmo tempo em que desceram sobre a diferença gritante que salta da letra do atual o véu espesso do mais profundo silêncio.*²⁵

Do mesmo modo, a Constituição de 1988 também é a primeira na história constitucional brasileira a prever o pagamento ao obreiro de remuneração pela extrapolação da jornada de trabalho ordinária, com acréscimo mínimo de cinquenta por cento em relação ao valor normal da hora de trabalho, o que deixa evidente, além disso, o intuito constitucional de coibir o empregador a subordinar seu empregado à jornada de trabalho superior ao limite constitucional, isto é, de respeito à jornada máxima de trabalho garantida em sua própria norma.

²⁴ SEPÚLVEDA, Nylson. **A Inconstitucionalidade da Lei n. 8.966, de 27.12.94 – Exceção à Limitação Legal da Jornada de Trabalho – art.62 da CLT**. In: Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, fev.2001. v. 65, n. 2. p. 149-150.

²⁵ Ibidem. p. 149.

Pois bem, tendo em mente os conteúdos dos incisos XIII e XVI do artigo 7º, da Constituição de 1988, isto é, evidenciando-se a existência de uma jornada de trabalho máxima imposta constitucionalmente, juntamente com a garantia de remuneração superior em cinquenta por cento em caso da sua extrapolação, imperioso que se verifique, neste momento, a eficácia dessas normas, o que se fará de acordo com a “teoria tricotômica da eficácia”, defendida por José Afonso da Silva²⁶.

1.2.3.1.2. A eficácia plena da norma

Conforme a “teoria tricotômica da eficácia”, de José Afonso da Silva²⁷, as normas constitucionais encontram-se divididas em normas de eficácia plena, contida e limitada.

A primeira delas, qual seja, norma de eficácia plena, não necessita de legislação para alcançar sua plena operatividade, tendo aplicabilidade direta, imediata e integral, enquanto que a segunda, norma de eficácia contida, embora possua aplicabilidade direta e imediata, não será integral, pois essa norma deixa espaço para uma atuação restritiva por parte do legislador ordinário, podendo sofrer restrição ou regulamentação.

A terceira norma presente na divisão “tricotômica” de José Afonso da Silva, a de eficácia limitada, por sua vez, possui apenas aplicabilidade indireta e mediata, na medida em que depende de legislação para surtir efeito.

Como já resta incontestável no presente estudo, os direitos trabalhistas foram elevados à categoria de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o que, dentre outras peculiaridades, faz com que esses tenham aplicação imediata (artigo 5º, §1º, CF/88), e impõe ao Estado o dever de protegê-los contra ataques advindos dos próprios Poderes Públicos, bem como de adotar medidas que

²⁶ SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1998. p.81-87.

²⁷ Ibidem. p.81-87.

garantam a sua efetividade para que os trabalhadores possam gozar de seu direito subjetivo previsto.

Assim, vê-se que a limitação da jornada de trabalho e a previsão de adicional de cinquenta por cento em caso de extrapolação, direitos trabalhistas previstos expressamente nos incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição de 1988 são normas que gozam de aplicabilidade imediata, de modo que não há como se cogitar que poderiam se tratar de normas de eficácia limitada, conforme a “teoria tricotômica” acima exposta.

Nessa esteira de raciocínio, com uma breve leitura dos incisos constitucionais em questão, já se pode concluir que tampouco se tratam de normas de eficácia contida, na medida em que o legislador constituinte não deixou qualquer margem de atuação para o legislador ordinário, no sentido de restringi-la ou regulamentá-la, garantindo, por outro lado, a sua aplicação não apenas imediata e direta, mas também integral, sendo inequivocamente normas de direito fundamental de eficácia plena.

Nesse sentido está Amauri Mascaro Nascimento, que, em sua obra “Direito do Trabalho na Constituição Federal de 1988”, previu de forma brilhante e expressa que as normas aqui tratadas terão aplicabilidade imediata, eis que são normas de direitos e garantias fundamentais, direta e integral, na medida em que não dependem de regulamentação, conforme suas palavras, que valem a pena serem transcritas no presente estudo:

Como primeira conclusão, as normas de direitos trabalhistas e garantias fundamentais terão efeito imediato a partir do dia de início da vigência da Constituição, desde que não necessitem de regulamentação.

Estão nessas condições, e serão devidas imediatamente, as seguintes obrigações:

(...)

b) a redução da jornada semanal de trabalho para quarenta e quatro horas;

(...)

d) O adicional de horas extras de 50%,²⁸

²⁸ ²⁸ NASCIMENTO, op.cit. p.20.

Diante disso, claro está que os incisos XIII e XVI, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, se tratam de normas que estabelecem o direito a todo o trabalhador de ter a sua jornada de trabalho limitada em 8 horas diárias e 44 semanais, e garantem, em caso de extrapolação, a percepção pelo trabalhador de remuneração com adicional mínimo de cinquenta por cento com relação ao valor da hora normal, assegurando aos trabalhadores, de forma imediata, direta e integral esses direitos subjetivos, impedindo a previsão de jornada superior ou mesmo de trabalho sem limite de duração e consequente não percepção de horas extras, gerando, por conseguinte, a possibilidade de pleito no Judiciário em caso de desrespeito, impondo ainda ao Estado o dever protegê-los das ofensas advindas do próprio Poder Público, sendo um claro exemplo dessas ofensas a violação a esses direitos por meio de normas ordinárias.

1.2.3.2. Aspectos sociais, biológicos e políticos da norma: o viés do direito ao descanso e ao lazer

Não à toa a duração da jornada de trabalho é prevista constitucionalmente desde a primeira vez em que se tem notícia do direito do trabalho na história da constitucional pátria.

Tampouco ao acaso, o poder constituinte de 1988 escolheu não apenas alterar por completo a redação relativa à jornada de trabalho com relação às constituições anteriores, determinando um limite máximo a ser respeitado, como também, novamente de forma inovadora, estabeleceu um adicional na remuneração do trabalhador em caso de extensão da jornada imposta, muito maior ao até então previsto na legislação ordinária trabalhista.

Ora, é preciso que não se perca de mente a intenção do constituinte com o texto da norma, seu fundamento e objetivo, também no aspecto social, político, econômico e biológico, até mesmo para que possa ser feita uma escorreita interpretação da legislação ordinária conforme a Constituição, eis que além da eficácia derogatória (revogação ou não recepção dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo constitucional, independentemente de uma declaração de

inconstitucionalidade), as normas constitucionais também possuem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico.

Assim, para Francisco Antonio de Oliveira, “a duração da jornada constitui imposição de ordem física, biológica, econômica, social e moral”²⁹, explicando que a ordem física estaria relacionada à resistência do ser humano ao excesso do trabalho, o aspecto biológico teria relação com as consequências ocasionadas à saúde do trabalhador também por ocasião do trabalho em demasia, a implicação de ordem econômica, por sua vez, se faria presente na medida em que a consequente exaustão do empregado gera baixa produtividade, a de ordem social, ao enxergar-se o trabalhador como um ser inserido na sociedade, e, por último, a ordem moral, na medida em que o homem visto como mera “força de produção” representaria uma repulsa a esta.

Ainda, também existe claro aspecto político-econômico no encurtamento da jornada de trabalho e maior onerosidade ao empregador pela prestação de horas extras do empregado trazidos na Constituição de 1988, sendo evidente a finalidade de se gerar novos postos de trabalho e, com isso, reduzir o desemprego, como explica Maurício Godinho Delgado, afirmando que “o Direito do Trabalho no mundo ocidental tem demonstrado que a *modulação da jornada e da duração do trabalho consiste em um dos mais eficazes mecanismos de combate ao desemprego*”³⁰, completando que se a redução da duração do trabalho não gera automaticamente novos postos de trabalho, ao menos coíbe o avanço da desocupação.

Por outro lado, não há que se perder de mente que a limitação da jornada de trabalho e o direito à percepção de remuneração superior em cinquenta por cento quando da sua extrapolação não têm o cunho de tornar o empregado mais rico face à extensão da sua jornada, mas de evitar que a jornada seja estendida, na medida em que a limitação da jornada de trabalho, nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior,

²⁹ OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Direito do Trabalho: Em sintonia com a nova Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1993. p. 266/267.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Editora LTr, 2011. p. 807.(grifo do autor).

“é uma questão de saúde da sociedade e não um problema meramente econômico e que diga respeito apenas à pessoa do trabalhador”³¹.

Nesse sentido, ensina José Augusto Rodrigues Pinto³² que “é costume tratar-se como duração do trabalho aquilo que, na verdade, visa a assegurar ao empregado um equilíbrio racional entre o tempo de atividade para a empresa e o do repouso pessoal, ou seja, entre o desgaste e a restauração da fonte orgânica de energia”, deixando claro que a previsão de limitação da duração do trabalho, não apenas determina a jornada a ser trabalhada, como também garante o descanso do empregado.

Nessa linha de raciocínio, entende esse mesmo autor³³ que os repouso durante a jornada de trabalho possuem três objetivos, quais sejam, físico, no sentido de recuperar o organismo do trabalhador, social, tendo em mente “o conforto do trabalhador junto à sua família e frente à sua comunidade”, e econômico, que significaria a “manutenção da capacidade produtiva” do indivíduo.

Portanto, evidencia-se que os incisos XIII e XVI, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, ao imporem limite máximo à jornada de trabalho e remuneração superior, no mínimo, em 50% à do trabalho normal em caso de extrapolação, objetivam e fundamentam-se também no aspecto social e biológico, prevendo, em contrapartida, até mesmo o direito ao descanso do empregado, elevado, também, a um direito fundamental.

Nessa toada, o direito ao descanso pode ser compreendido, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento³⁴, “como o direito que deve ser assegurado a todo o trabalhador de dispor de tempo livre para recompor as suas energias ou dedicar-se ao lazer”, complementando que “é um direito fundamental cujo reconhecimento não pode ser negado, sob pena de uma absolutização do trabalho em detrimento da pessoa humana e de sua dignidade”.

³¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas: nº 23, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf>. Acesso em: 27.12.2012.p. 09.

³² PINTO, op.cit. p.372.

³³ Ibidem. p. 374.

³⁴ NASCIMENTO, op.cit. p.164-165.

Assim, o direito ao descanso, que se desdobra em direito ao lazer, tornou-se tão essencial e importante como o direito ao trabalho, devendo ser tratado com o mesmo grau de relevância, sendo ambos garantidos como direitos fundamentais, valendo lembrar que o direito ao lazer é previsto expressamente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito social fundamental³⁵.

O que se quer demonstrar é que os direitos ao descanso e ao lazer deixaram de ser compreendidos sob o único enfoque da necessidade humana de “recarregar as energias” para o trabalho, como se apenas o trabalho fosse um direito essencial ao homem.

Pelo contrário, o direito ao descanso e ao lazer são direitos tão fundamentais como o direito ao trabalho, na medida em que não apenas é essencial ao homem a recuperação de suas forças para nova jornada de trabalho, gerando aumento na produtividade, como também é de suma importância a sua convivência em sociedade, a sua presença no seio familiar, o acesso à cultura, a realização de atividades recreativas e, até mesmo, o tempo ocioso.

Nessa esteira de raciocínio, Amauri Mascaro Nascimento³⁶, trazendo à sua obra os ensinamentos de Miguel Reale, disserta de forma clara sobre o tema:

(...) admitiu-se que o homem só deve descansar para recuperar suas forças e retornar ao trabalho, visão que Reale condena, propondo uma compreensão integral da vida humana a exemplo das contribuições da filosofia existencial enquanto expressões de renovação das reflexões sobre a teoria do homem e da cultura. Com a renovação das idéias, passa-se, explica o mestre, a dar sentido à autonomia ético-jurídica da categoria do lazer ou do otium, na medida em que é aceita a importância do lazer, tão essencial como a do trabalho, o que pressupõe a visão do homem em sua plenitude existencial e não apenas como máquina.

Entretanto, esse brilhante autor acaba alcançando, nessa mesma obra³⁷, conclusão diversa da realidade que salta aos olhos atualmente, eis que consigna

³⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

³⁶ NASCIMENTO, op.cit. p.166/167.

crença de que o avanço tecnológico poderia ser capaz de possibilitar um maior tempo ao lazer, com a diminuição das horas de trabalho, não contando, em 1989, data da edição de referido livro, com o fato de que o tão esperado avanço tecnológico poderia se tornar vilão do direito ao descanso e ao lazer, de modo a fazer do trabalhador, em especial dos “altos empregados” (focos de estudo do presente trabalho), verdadeiro refém do trabalho, mantendo-os a esse conectado sem qualquer limitação.

Tendo essas breves, mas imprescindíveis considerações em mente, passa-se ao estudo da norma celetista que exclui o empregado ocupante de cargo de gestão do direito de ter uma jornada máxima de trabalho e, conseqüentemente, de receber horas extras.

³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Idem. p.167.

2. O ARTIGO 62, II, DA CLT

2.1. Breves Considerações

O artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, inobstante as modificações por que passou ao longo tempo, sempre previu a exclusão de determinados empregados, em razão da função por eles exercida, do próprio capítulo em que se encontra inserido, qual seja, “CAPÍTULO II – DA DURAÇÃO DO TRABALHO”.

Assim, o artigo 62 da CLT, desde 1º de maio de 1943, data do Decreto-Lei 5452, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, na prática, exclui o direito de determinados empregados a uma jornada máxima de trabalho e à conseqüente percepção de remuneração pela extrapolação, embora com o tempo tenha alterado, por meio da edição de leis, as espécies de empregados excluídos.

No entanto, mesmo ante as alterações, o artigo em comento jamais deixou de incluir entre os excluídos os chamados empregados “gerentes”, exercentes de cargo de gestão, também denominados pela doutrina como “altos empregados”, embora posteriormente, com a edição da lei 8.966/1994, o conteúdo desses termos tenha sido reconfigurado pelo legislador.

Assim, o presente capítulo analisará, sempre no que concerne ao empregado exercente de função de gestão, não apenas as peculiaridades e fundamentos do artigo 62 da CLT, como também a modificação desse dispositivo, verificando a sua redação anterior e as modificações trazidas pela Lei 8.966/1994, o que é de suma importância para o presente trabalho, na medida em que essa lei é posterior à Constituição Federal de 1988.

2.2. Histórico

2.2.1. Período anterior à Lei 8.966/1994: artigo 62, “b”, da CLT

À época da promulgação da Constituição Federal de 1988, e antes da lei 8.966/1994, o artigo 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, previa a exclusão dos empregados “gerentes” do capítulo celetista referente à duração do trabalho na sua alínea “b”, a qual, anteriormente à lei 7.313/1985 estava prevista na alínea “c”, mas com redação idêntica, conforme transcrição abaixo:

*Art. 62. Não se compreendem no regime deste Capítulo:
(...)*

b) 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;

Vê-se, assim, que a norma em comento se trata de regra de exceção às previsões relativas à duração do trabalho aos chamados “gerentes”, definidos como empregados que possuísem mandato em nome da empresa, exercessem atividades de gestão e percebessem salário superior ao dos demais empregados, garantindo, todavia, o direito ao repouso semanal remunerado.

A definição, à época, de empregado “gerente”, pressupunha a existência de um mandato legal, o qual, embora pudesse ser tácito ou expresso³⁸, representava a perfeita idéia de que o gerente era aquele que pudesse atuar em nome do empregador, de modo a substituí-lo.

Ainda, além de ter poder de representação e atuação em nome da empresa, o empregado gerente deveria exercer atividades de gestão, ocupando uma função alta na hierarquia da empresa e possuindo vastos poderes de decisão nessa, bem como perceber uma remuneração que, dada a sua superioridade, o diferenciava dos demais empregados.

³⁸ Nesse sentido: CESARIANO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Consolidação das Leis do Trabalho Anotada**. 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. vol. I. p. 176.

Explica Maurício Godinho Delgado que a intenção do legislador nesse dispositivo era clara no sentido de limitar a idéia de cargo/função de confiança apenas àqueles empregados que cumprissem três requisitos: “a) *função e poderes elevados de gestão com respeito à dinâmica da empresa*; b) *função e poderes de representação, com outorga de mandato*; c) *inequívoca distinção remuneratória a seus detentores, em face dos demais empregados da mesma organização*.”³⁹

Nesse sentido, Cesarino Júnior conceituou o cargo de confiança previsto no artigo 62 da CLT, anteriormente à alteração trazida pela lei 8.966/1994, como “o *emprêgo do exercente de função de gestão que represente imediatamente o empregador e possua elevado padrão de salário*.” (sic)⁴⁰

Há que se notar que a norma em comento permaneceu com a mesma redação desde quando aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio de decreto-lei nº 5.452, datado de 1º de maio de 1943, até ser editada a lei nº 8.966 de 27 de dezembro de 1994, que alterou de modo significativo seu conteúdo.

Assim, tem-se que à época em que foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, vigia a Constituição de 1937, que estabelecia o dia de trabalho de oito horas, permitindo o aumento por meio de lei, conforme o seu artigo 137, “i”, transcrito no item 1.1 do presente trabalho, ao qual se remete neste momento.

Dessa forma, nota-se que o artigo 62 em comento foi criado em clara e expressa autorização constitucional ao legislador ordinário, a qual foi mantida nas Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969, conforme também se demonstrou no item 1.1 supra, onde restam transcritos os respectivos dispositivos constitucionais que autorizam a previsão de jornada superior, seja por meio de lei, seja em casos especialmente previstos.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho: relações de trabalho e relação de emprego**. 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 2001. p. 336. (grifo do autor)

⁴⁰ CESARIANO JÚNIOR, op.cit. p. 177. (grifo do autor)

Nessa toada, tem-se como claro que, sob a vigência da Constituição de 1937, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do Decreto-Lei nº 5.452 de 1943, excluindo desses empregados denominados gerentes o direito a uma jornada máxima de trabalho de 8 horas diárias e a qualquer outra jornada, e deixando de garantir, até mesmo por consequência lógica, o direito à remuneração de horas extras.

Também é necessário que se tenha em mente que, até a Constituição de 1988, além de haver autorização expressa ao legislador ordinário de previsão de duração de trabalho superior, também inexistia previsão constitucional de remuneração excedente pela extrapolação da duração máxima de trabalho, e foi nesse contexto que a CLT foi criada e aplicada ao longo do tempo.

Diante disso, claro está que a redação original do artigo 62, II, da CLT, editada à época e sob a autorização da Constituição Federal de 1937, previu, até 27 de dezembro de 1994, data da lei 8.966, a exclusão de determinados empregados do direito de ter uma duração máxima de trabalho e da consequente percepção de horas extras, desde que tais empregados tivessem verdadeiros e amplos poderes de decisão na empresa e de representação do empregador, bem como percebessem uma remuneração mais elevada, capaz de distingui-los dos demais empregados.

2.2.2. Período posterior à Lei 8.966/1994: artigo 62, II, e parágrafo único da CLT

Conforme visto, a lei 8.966 de 27 de dezembro de 1994 alterou a redação do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, continuando a prever a exclusão dos empregados denominados “gerentes” do regime de duração do trabalho, mas trazendo um novo conteúdo para a significação desse modelo de empregado, conforme se evidencia de seu texto abaixo transcrito:

*Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
(...)*

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.

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

Tem-se, assim, que a lei em comento, seis anos após a vigência da Constituição Federal de 1988, não apenas reiterou a exclusão do direito dos altos empregados a uma duração máxima de trabalho, como também ampliou o conceito de gerente.

Isso fica claro mediante simples leitura do inciso II do artigo 62 da CLT transcrito acima, na medida em que equipara de forma expressa os gerentes, para os fins do dispositivo - isto é, para excetuá-los do direito de ter uma jornada de trabalho limitada e perceber horas extras – a “diretores e chefes de departamento ou filial”, parecendo querer retirar-lhes a característica de ser o representante e substituto do empregador, a ponto de seus interesses entrelaçarem-se, como ocorria na redação original da norma.

Ora, um chefe de departamento ou filial, inquestionavelmente, não possui amplos poderes de decisões na empresa e tampouco de representação do empregador, principalmente nos dias atuais, em que as empresas, cada vez maiores, se apresentam cada dia mais “retalhadas”, com maior subdivisão de tarefas e setores e, por consequência, com a criação vários cargos de subchefia, sem maiores poderes de decisão.

Ademais, a lei 8.966/1994 retirou a exigência de mandato em nome do empregador prevista anteriormente de maneira expressa na alínea “b” do dispositivo em comento, conforme explica com clareza Maurício Godinho Delgado, em sua obra “Introdução ao Direito do Trabalho”:

Por fim, a lei nova silenciou-se a respeito do anterior requisito da função de representação, mediante mandato (investidos de mandato, em forma legal, dizia o texto precedente do mesmo artigo 62). Em consequência da omissão, a nova regra ampliou, em mais um aspecto, as possibilidades de incidência do tipo legal do cargo de

*confiança. Não há mais, desse modo, o requisito de regular outorga de mandato.*⁴¹

Ainda, esse mesmo autor, em obra diversa e mais recente, conclui referido raciocínio constatando que, inobstante o requisito da representação do empregador não seja mais essencial a partir da lei 8.966/1994, “é claro que a presença da representação, em si, será indício de reforço nos poderes detidos pelo obreiro.”⁴²

Em verdade, o único termo mantido da antiga norma foi o exercício de “cargos de gestão”, o qual, entretanto, conforme visto, foi reinventado, para, de maneira incompreensível, alargar as hipóteses de enquadramento dos funcionários nesse dispositivo.

A incompreensão da mudança legislativa salta aos olhos na medida em que a evolução do Direito do Trabalho encontra-se diretamente relacionada à redução da jornada de trabalho, tendência que se nota na Constituição Federal de 1988, em que, pela primeira vez na história constitucional pátria, a jornada de trabalho foi reduzida para 44 horas semanais.

Assim, a edição de uma lei posterior à Constituição de 1988 deveria, ao menos, acompanhar essa tendência, no sentido de restringir os casos de exclusão de empregados à limitação de sua jornada, e não ampliá-los.

Esse contra-senso da lei 8.966/1994 não passou despercebido para Mozart Victor Russomano, que, ao analisar a ampliação das hipóteses de exclusão de empregados ao regime de duração de trabalho trazida no inciso II, do artigo 62 da CLT, disserta de maneira clara em sua obra “Curso de Direito do Trabalho” que:

*O direito anterior era mais exigente e formalista. Como vimos acima, exigia, para aplicação desse preceito, que o gerente estivesse “investido de mandato”. E, logo após, foi estabelecida uma nova ampliação: ficaram equiparados aos gerentes os **diretores e chefes de departamento ou filial**. Ampliação que nos parece de justificação duvidosa, porque,*

⁴¹ DELGADO, 2001. op. cit. p. 338.

⁴² DELGADO, 2011. op. cit. p. 354.

*pela amplitude agora dada às exclusões da área das normas sobre a duração do trabalho, contraria-se a tendência do moderno Direito a adotar normas que **reduzam** a jornada, como se vê, inclusive, do art. 7º, inc. XIII, primeira parte da Constituição Federal.⁴³*

Da mesma forma, esse mesmo autor, em obra diversa, qual seja, “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, consignou a incongruência da lei em comento sob o prisma da própria evolução do artigo 62 da CLT, que sempre sofreu alterações no sentido de restringir os empregados excluídos da proteção da jornada, conforme suas palavras abaixo transcritas:

É curioso assinalar-se, portanto, que, na evolução das reformas legislativas impostas ao art. 62, ficou evidente o intuito de restringir as exceções nele consignadas. Não obstante, como se vê da redação acima transcrita, a Lei nº 8.966/94 ampliou o número de ocupantes de cargos de confiança (gerentes, até então, apenas), abrangendo, também, diretores técnicos e chefes de departamento ou filial.⁴⁴

Ora, tratando-se de uma regra de exceção, que restringe direitos trabalhistas de determinados empregados, a alteração do artigo 62 da CLT deveria vir sempre no sentido de limitar esse quadro excetuado, e não de ampliá-lo.

Por tais razões, boa parte da doutrina continuou interpretando o artigo 62, II, da CLT, conforme a intenção contida na redação original do artigo 62, “b”, da CLT, eis que, se levada ao “pé da letra”, a regra trazida pela lei 8.966/1994 não se justificaria em si, representando um retrocesso e sendo contrária aos seus próprios fundamentos, dentre os quais se pode citar o de que os amplos poderes concedidos a determinados empregados seriam incompatíveis com as normas relativas à duração do trabalho, conforme se verá de maneira detalhada no próximo item.

Assim, mesmo ante a redação do inciso II, do artigo 62 da CLT, a interpretação e aplicação da norma veio no sentido de que para que os empregados possam ser excluídos dos direitos relativos à duração do trabalho, seus poderes de ingerência no departamento ou na filial que chefiar terão de ser “significativos no

⁴³ RUSSONAMO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. Curitiba: Editora Juruá, 1997. p. 248.

⁴⁴ Id. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p.138/139.

contexto de divisão interna da empresa”⁴⁵, de modo que, para Godinho Delgado, houve “uma atenuação no requisito, mas não tão extremada como inicialmente pareceria.”⁴⁶

Interessante ter em mente que parte da doutrina não apenas interpreta o artigo 62, II, da CLT conforme a intenção do legislador originário, como até mesmo ignora totalmente as mudanças trazidas pela lei, conforme se verifica da interpretação de José Cairo Júnior, para quem o dispositivo em comento trata de hipótese em que “o empregado detém de poderes de mando e gestão e incorpora a figura do empregador”⁴⁷, entendendo ainda que “só não há incidência da norma protetora laboral quando, de fato, o empregado ocupa o cargo mais alto dentro do estabelecimento e sem que possua qualquer superior hierárquico.”⁴⁸

Nesse sentido também se pode dizer que caminha Amauri Mascaro Nascimento⁴⁹, que, mesmo após a alteração do artigo 62 da CLT pela lei 8.966/1994, reiterou seu entendimento no sentido de que “cargo de confiança é aquele no qual o empregado ocupa uma posição hierárquica elevada, na qual tenha poderes de agir pelo empregador nos seus atos de representação externa”, asseverando que a “tendência é no sentido de restrição do conceito, diante das limitações dos direitos trabalhistas dos exercentes de cargo de confiança”, de modo que esse cargo de confiança só pode ser compreendido como aquele “existente na alta hierarquia administrativa da empresa, conferindo ao ocupante amplo poder de decisão.”

Pedro Paulo Teixeira Manus segue essa mesma linha de raciocínio, ignorando o texto trazido pela lei 8.966/1994, ao aduzir de maneira expressa que:

Quanto ao gerente, é bom que se saliente que o legislador quer excepcionar, apenas, aquele empregado que substitui o empregador, que faz as vezes de patrão, quando de sua ausência, de tal modo

⁴⁵ DELGADO, 2001. op.cit. p. 338.

⁴⁶ Ibidem. p. 338.

⁴⁷ CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2011. p. 395.

⁴⁸ Ibidem. p. 472.

⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora LTr, 1999. p. 184.

*que tem poderes para dirigir o negócio como se fosse empregador e, por isso, tem salário mais elevado que os demais, bem como não está sujeito a horário de trabalho. Tais requisitos são essenciais para a configuração da hipótese legal, a fim de evitar os “falsos gerentes”, que assim denominados não tem qualquer poder de mando ou gestão, situação que torna inaplicável a regra em exame.*⁵⁰

Também nos Tribunais, embora não haja unanimidade quanto ao tema, se nota a aplicação do artigo 62, II, da CLT, nos termos da sua redação original, conforme se evidencia da ementa de autoria da Exma Desembargadora da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Ivani Contini Bramante, em que fica claro o entendimento de que para a configuração do cargo de confiança capaz de excetuar o empregado da proteção legal e constitucional da jornada de trabalho, são necessários poderes de substituição e representação do empregador, nos seguintes termos:

CARGO DE CONFIANÇA. CARACTERIZAÇÃO À LUZ DO ART. 62, II DA CLT DA CLT. *A nomenclatura do cargo é irrelevante e, por si só, não induz à confiança. O enquadramento do empregado no cargo de confiança, não deve ater-se a nomenclatura, mas aos elementos extraídos da realidade fática. A questão deve ser analisada sob o prisma do efetivo exercício, pelo empregado, das funções de confiança. Aplicável a primazia da realidade. Súmula 102 do TST. Em matéria de cargo de confiança a legislação classifica aqueles de confiança máxima (art. 62, II CLT), os de confiança intermediária (art. 224, § 2º, CLT) e os demais cargos que são de confiança ordinária. Para fins da exceção prevista no artigo 62, inciso II da CLT, somente pode ser considerado cargo de confiança aquele empregado que tem amplos poderes de mando, gestão, representação e substituição do empregador, seu verdadeiro “longa manus”. Posição, portanto, que lhe permite admitir, dispensar, dirigir, controlar e fiscalizar o trabalho dos empregados sob sua subordinação, substituindo-se na pessoa do empregador. Para caracterização do cargo de confiança intermediário ou médio, os requisitos do art. 224 § 2º, da CLT, são menos rigorosos do que aqueles previstos no art. 62, II da CLT. Não são necessários amplos poderes de mando, comando, gestão, representação e substituição. Não se exige a presença de subordinados. Basta a presença concomitante e incontestada do exercício de cargo de fidúcia diferenciada e do pagamento de gratificação de função superior a 1/3 do salário normal. Ressalte-se que o simples pagamento da gratificação de função não autoriza a caracterização do cargo de confiança, já que mister se faz a aferição das exatas tarefas desempenhadas pelo trabalhador (Súmula 109 do TST). No caso dos autos a defesa pautou-se na tese de enquadramento no art. 62, II da CLT o que, não*

⁵⁰ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1995. p. 83.

*foi abonado pela prova oral Destarte, forçoso o reconhecimento da função de fidúcia intermediária que, por si só, não afasta o direito ao pagamento de horas extras. Reforma.*⁵¹

Ainda, não menos importante é a supressão no artigo 62, II, da CLT da garantia expressa ao repouso semanal prevista na sua redação original aos altos empregados, o que também se apresenta em contramão à evolução do direito do trabalho, e parece, da mesma forma, ter sido ignorado pelos intérpretes, talvez porque negar-se o direito ao descanso em ao menos um dia da semana a qualquer tipo de trabalhador seja idéia absolutamente inconcebível após a proibição da escravidão. Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior disserta de maneira brilhante sobre o tema:

*(...) responda-se, sem maiores reflexões, à seguinte pergunta: os altos empregados têm direito a repouso semanal remunerado? Ninguém, por mais liberal que seja, responderá em sentido negativo. A resposta que, inevitavelmente, virá às nossas mentes é: sim, ele tem direito, afinal não se pode conceber que uma pessoa se obrigue a trabalhar para outro em todos os dias da semana, sem sequer uma folga. No entanto, o art. 62, II, da CLT, se aplicado friamente constituiria um obstáculo a esta conclusão, na medida em que exclui dos exercentes de cargo de confiança a aplicação de todo o Capítulo II, da CLT, no qual se inclui o direito ao repouso semanal remunerado (art. 67, regulado, mais tarde, pela Lei n. 605/49).*⁵²

Por outro lado, a lei em questão, ao contrário da redação anterior, deixa claro, com a inclusão do parágrafo único ao artigo 62, qual deve ser a proporção de superioridade salarial para que o empregado possa estar previsto na exceção, trazendo como requisito indispensável a percepção de salário superior em, no mínimo, 40% com relação ao salário correspondente ao cargo efetivo.

De toda a forma, a imprecisão da norma pode persistir, ante a possibilidade de não haver na empresa um cargo efetivo correspondente ao cargo de confiança, de modo que, nesse caso, embora não haja consenso doutrinário quanto ao tema, o fato é que a aferição do cargo de exceção em comento

⁵¹Processo 0003152-70.2011.5.02.0202 RecOrd, Ac. nº 20121373112, Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante, 4ª. TURMA, DJ 27/11/2012. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtAp.action?getEmbeddedPdf=&id=452029>. Acesso em: 02.01.2013. (grifo do autor)

⁵² SOUTO MAIOR, op. cit. p. 08.

dependerá do prudente “arbítrio do juiz⁵³” quanto à superioridade salarial, retornando-se, assim, à imprecisão da redação original, como explica Mozart Victor Russomano.

Diante disso, é inegável a intenção da lei 8.966/1994 em trazer mais precisão à exceção referente ao cargo de confiança, até mesmo ao equiparar os gerentes aos “diretores e chefes de departamento ou filial”, numa tentativa de explicar o que seria o cargo de gestão.

Entretanto, é inquestionável também que a lei em comento atenuou os critérios necessários para considerar um empregado detentor de cargo de gestão, isto é, para excetuá-lo da proteção à jornada de trabalho, o que ainda apresenta-se incompreensível face aos olhos dos intérpretes e aplicadores do direito, que tem preferido ou ignorar a regra nova, ou interpretá-la de acordo com os princípios trabalhistas protetivos, no sentido de que as normas que restringem direitos dos obreiros devem ser interpretadas de forma restritiva.

2.3. Fundamentos e objetivos da norma

O principal fundamento da exclusão contida no artigo 62, II, da CLT que se vê entre os doutrinadores que, aceitando-a no ordenamento, procuram explicá-la, é o fato de que o exercício do cargo de confiança previsto nessa norma seria incompatível com o controle da sua jornada de trabalho, conforme se evidencia das palavras de Maurício Godinho Delgado em sua obra “Introdução ao Direito do Trabalho”:

(...) não incidem horas extras a favor do empregado enquadrado em tal circunstância funcional (hoje, art. 62, inciso II, da CLT; anteriormente, alínea “b” do mesmo artigo). É que a lei considera que a natureza e prerrogativas do cargo de confiança o tornam incompatível com a sistemática de controle de jornada de trabalho aplicável ao conjunto dos empregados de uma organização empresarial.”⁵⁴

⁵³ RUSSONAMO, 1997. 6 ed. op.cit. p. 249.

⁵⁴ DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

Dessa forma, explica citado autor que a norma apenas traria uma presunção de que determinada espécie de empregado não é submetido a controle de horário, de modo que, se comprovado que o “obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de confiança ou gestão, vê-se submetido a *rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho*, não há que se falar em exclusão de tal empregado do regime de jornada delimitada e, por consequência, da possibilidade de aferição de sobrejornada”⁵⁵, asseverando, ainda, que o abrandamento da norma, trazido pela lei 8.966/1994, tornaria tal compreensão ainda mais pertinente.

Os doutrinadores tanto se convenceram disso que Alice Monteiro de Barros chega a afirmar que “as exceções devem se verificar não em razão da função, mas da fiscalização”⁵⁶.

Nessa esteira de raciocínio também se encontra Amauri Mascaro Nascimento em sua obra “Iniciação ao Direito do Trabalho”⁵⁷, que da mesma forma, na busca de compreender os objetivos e fundamentos da norma em comento, afirma que a exclusão das regras relativas à jornada de trabalho deveria ocorrer de acordo com a existência ou não de fiscalização e não conforme a função, de modo que, também para esse autor, existindo controle de jornada, inoperável será a exclusão.

Dessa forma, evidencia-se que o fundamento mais fortemente encontrado na doutrina para a norma que opera a exclusão da proteção à duração do trabalho aos empregados investidos em cargo de gestão é a de que o exercício dessa função é incompatível com o controle da jornada de trabalho, podendo-se concluir até mesmo que a doutrina praticamente converge quanto ao fato de que, em havendo o controle, independentemente do cargo, inexistirá a exclusão, seja porque a existência de fiscalização descaracterizaria o cargo de confiança, seja porque a norma deve ser entendida de acordo com a existência ou não de fiscalização.

⁵⁵ DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro. **Duração do trabalho. Aspectos atuais e revisões necessárias**. In: GENESIS - Revista de Direito do Trabalho. Curitiba: julho de 1996. p. 15.

⁵⁷ NASCIMENTO, 1999. op. cit.. p. 290/291.

Nesse sentido estão Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino⁵⁸, que vão ainda mais longe ao aduzirem que, inobstante o cargo exercido pelo empregado, não apenas a existência ou não de fiscalização é capaz incluí-lo na proteção da jornada de trabalho, como também a imposição de volume de trabalho impossível de ser cumprido durante uma jornada normal, conforme se evidencia das palavras desses autores abaixo transcritas:

Ademais, a função formalmente exercida pelo empregado é irrelevante para determinar o seu direito à proteção legal relativa à duração do trabalho. Os fatos é que determinarão o se direito ou não à aplicação das regras protetivas da CLT. Se há fiscalização sobre seu trabalho, exigência de cumprimento de horário, bem assim imposição de carga de trabalho incompatível com a sua jornada normal de trabalho, o trabalhador estará sujeito a todas as regras relacionadas à proteção da duração do trabalho, como percepção de horas extras, adicional noturno, intervalos intra e interjornadas etc.

Entretanto, a verdade é que, com todo o respeito aos argumentos apresentados pelos doutrinadores trabalhistas que se aventuraram quanto ao tema, a dificuldade na compreensão da norma ainda persiste, percebendo-se a existência de um grande esforço para a sua aceitação, que acaba por divergir com a própria literalidade da norma.

Isso porque a redação do inciso II do artigo 62 da CLT não deixa dúvidas de que a exclusão existirá em razão do cargo exercido pelo empregado e não da capacidade de fiscalização de seu empregador, eis que é expressa em excluir do regime de duração da jornada de trabalho “os gerentes”, qualificando, em seguida, esse tipo de empregado como sendo “os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.”

Vê-se que em momento algum o legislador qualificou o gerente como o empregado que exerce atividades incompatíveis com o controle da sua jornada de trabalho, sendo imperioso, neste momento, notar que, quando teve a intenção de qualificar determinado empregado em razão da impossibilidade de controle de sua

⁵⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6 ed. Niterói: Editora Impetus, 2005. p. 183/184.

jornada, o fez de maneira expressa, conforme se evidencia no inciso I do dispositivo em comento, abaixo transcrito:

*Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
I - os empregados que exercem atividade externa **incompatível com a fixação de horário de trabalho**, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;
(grifo nosso)*

Assim, mediante simples leitura do inciso I, do artigo 62, já fica claro que, quando o legislador dessa norma de exclusão quis qualificar determinada espécie de empregado de acordo com a possibilidade de fiscalização de seu contrato de trabalho, o fez de forma expressa.

Por outro lado, é imperioso que se entenda que o direito só consegue regulamentar fatos passíveis de regulamentação. Se o exercício de determinada atividade laboral, por sua própria natureza, é absolutamente incompatível com o controle de jornada, então, por uma questão lógica, não haverá como se garantir ao empregado o direito à percepção de horas extras, pelo simples fato de que essas não serão passíveis de serem contabilizadas.

De toda a forma, há que se ter em mente que se a justificativa da exceção fosse a incompatibilidade de controle, bastaria que se previsse a exclusão de empregados que exercem atividades que, quaisquer que fossem, pela sua própria natureza, não fossem passíveis de controle.

Entretanto, algo absolutamente distinto é o fato de se presumir, como entende Godinho, que a jornada de trabalho do gerente é absolutamente impraticável de controle.

Ora, além de tal interpretação não se coadunar com a leitura da norma em seu todo, na medida em que, conforme visto, quando o legislador teve a intenção de excetuar o empregado em razão da impossibilidade de controle da jornada, o fez de modo expreso, no inciso I da mesma norma, ainda autoriza ao empregador que, mesmo podendo fazê-lo, não controle a jornada de seu empregado de modo formal,

embora esse, com o nível de responsabilidades que lhe é imposto, seja submetido a elevada carga horária de trabalho, a qual, se contabilizada, lhe garantia uma remuneração em horas extras muito superior ao adicional legal em razão do cargo.

Ademais, a redação do inciso II do artigo 62 celetista tampouco permite o entendimento de que a prova de carga de trabalho incompatível com a jornada normal retira o empregado da exclusão operada por essa norma, gerando-lhe todos os direitos inerentes à duração do trabalho, até porque entendimento nesse sentido carece até mesmo de congruência.

Com efeito, e com a devida vênia, a falta de lógica de referido argumento salta aos olhos, eis que o dispositivo em comento exclui do empregado exercente de cargo de gestão todos os direitos relativos à duração do trabalho, dentre esses, o de ter uma jornada de labor diária e semanal limitada, não havendo, assim, sequer como se partir do pressuposto de cumprimento de tarefas em determinado limite de tempo, se esse limite sequer existe para o empregado em questão.

O que se vê, portanto, é que o objetivo e fundamento do artigo 62, II, da CLT é autorizar ao empregador a não fiscalizar a jornada de trabalho de seu empregado que exerça cargo de gestão, na medida em que esse tem maiores responsabilidades e funções na empresa, bem como já percebe salário superior ao dos demais empregados, de modo que as possíveis horas extras já estariam sendo remuneradas.

Assim, quando o empregado exerce cargo de confiança, fica o empregador autorizado a não controlar a sua jornada de trabalho. Nessa toada, se o empregado não exerce o cargo de gestão, o empregador deve controlar a sua jornada, por força do artigo 74⁵⁹ consolidado, incluso na Seção V, do Capítulo II – “DA DURAÇÃO DA TRABALHO”.

⁵⁹ Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

Portanto, só se pode chegar à conclusão de que não é a existência ou não de fiscalização da jornada de trabalho que definirá o cargo de gestão do artigo 62, II, da CLT, mas o exercício desse cargo que poderá desautorizar o empregador de cumprir a sua obrigação legal (artigo 74 da CLT) de controlar a jornada de trabalho de seu empregado.

Entretanto, não se pode olvidar que a não fiscalização da jornada de trabalho do empregado impossibilita-lhe de ter direito a uma jornada máxima de trabalho, bem como à percepção de horas extras em razão da sua extrapolação.

Nesse sentido, a norma em comento não passa de simples permissão ao empregador de manter determinados empregados sem direito a uma jornada máxima de trabalho, a descansos semanais remunerados e, conseqüentemente, à percepção de remuneração por horas extras laboradas, na medida em que essas, por uma questão lógica, inexistirão.

Diante disso, tanto a compreensão de que o cargo de confiança previsto no artigo 62, II, da CLT, é aquele incompatível com o controle da jornada, como o entendimento de que a exclusão do empregado de todo um capítulo referente à duração do trabalho prevista nesse dispositivo existe em decorrência da fiscalização e não do cargo, e, ainda, de que a prova de carga de tarefas incompatíveis com a jornada normal de trabalho, retira o empregado da exceção dessa norma, com a devida vênia, não se mantêm diante da literalidade da norma e de seu estudo como um todo.

Ora, se a problemática fosse tão somente o controle ou não da jornada, o legislador não teria se preocupado em explicar o que é um cargo de gestão, e, tampouco, teria alterado a definição do empregado gerente, por meio da lei 8966/1994.

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

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

Aliás, se tudo girasse em torno da mera fiscalização, tampouco os doutrinadores perderiam laudas em seus livros na busca de uma definição para o cargo de gestão, antes e após a lei 8966/1994, e tampouco os julgadores se preocupariam em analisar se as atividades laborais comprovadas nos autos acompanham a definição do cargo de gestão, bastando que se verificasse a existência ou não de fiscalização.

A doutrina tenta buscar um conteúdo para o cargo do artigo 62, II, da CLT e os Tribunais buscam a comprovação das atividades que a definem porque esse dispositivo se trata de uma norma que autoriza aos empregadores excluírem determinados empregados do direito de ter uma duração máxima de trabalho e da percepção de horas extras, em razão do cargo por ele exercido, por meio da autorização da abstenção do controle da jornada dessa espécie de trabalhador.

O que se quer dizer é que o artigo 62, II, da CLT determina que o exercício do cargo de gestão retira do empregado o direito de ter uma jornada de trabalho fiscalizada e limitada, bem como de perceber horas extras, e não que o cargo de gestão é aquele incompatível com o controle da jornada de trabalho.

Com efeito, o que se verifica é que a intenção do legislador, antes e depois da lei 8966/1994, é excetuar o exercente do cargo de confiança da percepção de horas extras porque exerce cargo de confiança de seu empregador, com atribuições e funções de alta responsabilidade, que já fazem seu salário ser diferenciado dos demais, mas, até aí, não há como se deduzir que a sua jornada de trabalho não é passível de controle.

Não há como se ignorar, portanto, que o dispositivo em comento exclui de determinado empregado o direito à percepção de horas extras pelo fato puro e simples de exercer cargo de gestão e perceber remuneração superior à dos demais empregados, parecendo ignorar que, independentemente de seu nível intelectual e do cargo ocupado na empresa, esse trabalhador não deixa de ser empregado, nos termos do artigo 3º da CLT, exercendo suas atividades sob a dependência econômica e direção de seu empregador.

Assim, talvez porque a literalidade da norma vá de encontro até mesmo com o próprio texto celetista - sem adentrar, neste momento, na sua inconstitucionalidade - que, ao definir o empregado ressalva de modo expresso no parágrafo único do artigo 3º que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”, a doutrina tenha buscado outras formas de lidar com ela, ao invés de aceitar a incongruência e involução de seu texto.

Aliás, a mudança por que passou a norma em questão, por mais que seja aplicada de forma restritiva, não permitiria a interpretação que vem sofrendo atualmente.

Antes da lei 8966/1994, ainda se poderia alegar no sentido de que, na medida em que o empregado representava a figura do próprio empregador, o controle de sua jornada seria feito por ele mesmo.

Todavia, referido entendimento sequer é possível após a alteração do artigo 62 trazida pela lei em comento, com a exclusão da necessidade de mandato em nome do empregador e equiparação desse tipo de empregado a chefes de departamentos e filiais, conforme visto no item anterior, e talvez porque a abrangência na previsão de exclusão da jornada de trabalho não faça sentido diante da evolução do direito do trabalho, da própria norma em questão e até mesmo após Constituição Federal de 1988, boa parte da doutrina e jurisprudência ignora até mesmo essa mudança na sua redação.

Diante disso, pede-se vênia para discordar do Ministro Godinho Delgado, quando aduz que o abrandamento trazido pela 8.966/1994 tornou ainda mais pertinente a interpretação a interpretação do artigo 62, II, da CLT segundo a fiscalização da jornada de trabalho, eis que ocorreu exatamente o contrário, passando essa norma a prever ampla exceção e com menor, ou nenhuma, justificativa para tanto.

Dessa forma, há que se concordar, nesse momento, com Amauri Mascaro Nascimento, quando, em sua obra “Iniciação ao Direito do Trabalho”, ao dissertar

sobre o artigo 62 da CLT, ao invés de simplesmente concordar com a sua redação, é expresso ao afirmar que esse dispositivo merece reparo, eis que “as exclusões deveriam operar-se não em razão da função, mas da *fiscalização*, qualquer que seja a função do empregado”⁶⁰.

Todavia, ressalva-se que não se concorda aqui que a mera inexistência de fiscalização é capaz de excluir do empregado o direito à percepção de horas extras, mas apenas a real impossibilidade dessa - que nos dias atuais, em razão evolução tecnológica, é praticamente nula -, na medida em que o direito não é capaz de regulamentar fatos que não são passíveis de regulamentação e a fiscalização da jornada de trabalho é incumbência legal do empregador (artigo 74 da CLT), conforme já explicado acima.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Idem. p. 290. (grifo do autor)

3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62, II, DA CLT

3.1. Breves considerações: não recepção e inconstitucionalidade

A constitucionalidade de uma norma, de uma maneira simplificada, pode ser entendida como a sua compatibilidade com determinada Constituição, que, por sua vez, deverá ser rígida⁶¹ e dotada de supremacia formal, conceitos estritamente relacionados, na medida em que a rigidez a tornará suprema, colocando-a “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade”, conforme ensina com clareza José Afonso da Silva.⁶²

Não há discussão quanto ao fato de que a Constituição Federal brasileira de 1988 é rígida, e, por consequência, “é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”⁶³, de modo que “todas as normas que integram o ordenamento jurídico nacional, só serão válidas quando se conformarem com as normas da Constituição Federal”⁶⁴.

Todavia, tal conformação não se funda em um caráter meramente lógico ou intelectual, mas, ao revés, em um caráter normativo e valorativo, permitindo o exame da compatibilidade de determinada norma, segundo um juízo de valor.

Diante disso, a análise da inconstitucionalidade da norma pode ser definida como a verificação da sua compatibilidade com a Constituição, segundo um juízo de valor do intérprete.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade da norma é a sua incompatibilidade com a Constituição, em razão de um juízo de valor realizado pelo

⁶¹ *rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades, e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005. p. 42.

⁶² *Idibem*. p. 45.

⁶³ *Idibem*. p. 46.

⁶⁴ *Idibem*. p. 46.

intérprete, podendo ser verificada de diversas formas e diferentes classificações na doutrina.

E, a inconstitucionalidade de uma norma, significa a sua invalidade, ante o caráter supremo das normas constitucionais, que, por essa razão, fundamentam a validade das demais normas do sistema jurídico⁶⁵.

Assim, a inconstitucionalidade pode ser estudada de acordo com a conduta adotada pelo legislador infraconstitucional, quando então poderá existir a inconstitucionalidade por ação, que advém de um comportamento positivo do Poder Público incompatível com a Constituição, em contraposição à inconstitucionalidade por omissão, que ocorre ante a não atuação do Poder Público quando há imposição constitucional para tanto.

De outra forma, a inconstitucionalidade da norma também é avaliada com base na natureza do vício que a torna inconstitucional, dividindo-se em inconstitucionalidade formal, ante a incompatibilidade com a Constituição em razão da forma, do procedimento pelo qual foi criada, e material, quando a incompatibilidade existe em razão do conteúdo.

Observa-se que importa para o presente trabalho a inconstitucionalidade material por ação, na medida em que se estuda a compatibilidade do conteúdo de determinada norma infraconstitucional em contraposição com norma de eficácia plena da Constituição Federal, não havendo que se cogitar, neste caso, a omissão do legislador.

Isso posto, vale dizer que a inconstitucionalidade material por ação consubstancia-se na edição de normas com conteúdo que contrariam a própria substância dos artigos da Constituição Federal vigente.

Por outro lado, imperioso notar que as inconstitucionalidades ocorrem apenas com normas editadas durante a vigência da atual Constituição, na medida

⁶⁵ Nesse sentido: SILVA, 2005. op. cit. p. 47.

em que as normas legais já existentes em momento anterior se sujeitarão ao fenômeno da recepção ou não recepção.

Isso porque as normas legais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro antes da Constituição Federal de 1988 passam por uma mudança no fundamento de sua validade, tendo em vista a supremacia das normas constitucionais, que funcionam como verdadeiro pressuposto de validade das demais normas do ordenamento, conforme apontado acima.

Assim, a necessidade de continuidade da ordem jurídica tem feito com que prevaleça o entendimento de que as normas legais anteriores à Constituição atual sejam por esta recepcionadas, continuando em vigor, desde que compatíveis com a nova ordem, mesmo não tendo o constituinte de 1988 estabelecido expressamente o efeito em questão.

Todavia, embora recepcionadas, as normas infraconstitucionais anteriores passam por uma verdadeira recriação de seu sentido, posto sujeitarem-se aos princípios materiais da ordem constitucional superveniente e, assim, devendo ser objeto de reinterpretação, de acordo com a nova ordem constitucional.

Por outro lado, as normas que não estiverem de acordo com a nova ordem constitucional não serão recepcionadas, isto é, são invalidadas com a nova Constituição.

Vê-se, portanto, que as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição Federal de 1988 e que com esta são incompatíveis, sequer chegam adentrar o novo ordenamento que se formou com pressuposto de validade diverso do anterior, de modo que não teriam, por conseguinte, qualquer eficácia a partir da vigência da nova Constituição.

Inexiste, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a inconstitucionalidade superveniente, isto é, a possibilidade de uma norma infraconstitucional violar norma constitucional que ainda será editada no ordenamento jurídico do país, na medida em que, com a edição de nova

Constituição incompatível, as demais normas não passam pela “peneira” do novo fundamento de validade e sequer chegam a fazer parte do ordenamento moderno, operando-se o fenômeno da não recepção.

Diante disso, para os fins do presente trabalho, é necessário que se tenha como claro que a Constituição Federal de 1988 revogou tacitamente as normas infraconstitucionais já existentes no ordenamento e que se mostraram com ela incompatíveis, não as recepcionando, sendo que as normas infraconstitucionais editadas durante a sua vigência e que violem o seu texto, padecerão de inconstitucionalidade material por ação.

3.2. Posição da doutrina

São poucos os doutrinadores trabalhistas que ao dissertarem sobre a duração do trabalho deixam de se ater à redação do artigo 62, II, da CLT, no sentido de tentar, de alguma forma, justificá-la.

Assim, inobstante a maior parte doutrina conclua pela constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, o fato é que o texto da norma, via de regra, não passa despercebido, eis que a sua leitura frente à previsão constitucional de limitação da duração de trabalho e garantia de remuneração pelo labor extraordinário (artigo 7º, XIII e XVI), provoca, ao menos, um certo “desconforto” jurídico.

Nesse sentido, ante a análise doutrinária quanto ao tema, pode-se dizer que a constitucionalidade do dispositivo celetista em questão, defendida pela doutrina majoritária, encontra-se fundamentada, basicamente, em dois argumentos, que serão analisados e discutidos abaixo, demonstrando-se pontos de vista divergentes.

3.2.1. O adjetivo “normal”

O primeiro argumento encontrado na doutrina a favor da constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT é o de que o adjetivo “normal” constante no artigo 7º, XIII⁶⁶, da Constituição de 1988 faria referência ao trabalho e não à duração, no sentido de que a norma constitucional em comento estaria prevendo a limitação da jornada de trabalho apenas daqueles empregados que exercem um trabalho normal.

Nesse sentido defende Arnaldo Sussekund, em sua obra “Instituições de Direito do Trabalho”, onde parece entender que um encargo de gestão em determinada empresa se trataria de um trabalho anormal, motivo pelo qual o artigo 62, II, da CLT não se atritaria com o texto constitucional, da mesma forma que a redação anterior desse dispositivo celetista não teria sido revogada pela Constituição Federal de 1988, conforme se evidencia das suas palavras abaixo transcritas:

A circunstância de ter a Constituição de 1988 limitado a “duração do trabalho normal” “a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (art. 7, XIII) não se atrita com essas disposições de caráter excepcional, como não vulnerou a redação do art. 62. Primeiro, porque, como adverte, com argúcia, Octavio Bueno Magano, o adjetivo “normal” concerne ao “trabalho” e não a “duração”. Depois, porque (...) os gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial, desfrutam de posição singular na empresa, nela exercendo o poder de comando (diretivo e disciplinar).⁶⁷

Já convém constar desde este momento, com o devido respeito ao brilhante jurista em questão e toda a sua contribuição ao direito do trabalho brasileiro, que referido argumento é bastante frágil e parece representar, em verdade, um grande esforço para a manutenção da exceção em questão a partir da vigência da atual Constituição, antes e depois da lei 8.966/1994.

⁶⁶ Art. 7º (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho

⁶⁷ SÜSSEKIND, op. cit. p.791.

Isso porque, conforme visto no item 1.2.3.1.1 supra, entender nesse sentido seria ignorar a evolução e completa modificação do texto constitucional quanto à limitação da duração do trabalho, na medida em que a Constituição Federal de 1988, de maneira inédita na história constitucional brasileira estabeleceu um limite máximo à jornada de trabalho, retirando as exceções até então presentes, proibindo e tornando sem efeito previsões legislativas de jornada superior, ou mesmo ilimitada, e gerando ao trabalhador o direito de percepção de remuneração com adicional de cinquenta por cento no caso de extrapolar sua jornada normal.

Viu-se que a Constituição de 1988, de forma absolutamente diversa das demais Constituições, deixou de simplesmente repetir o texto constitucional que, desde 1934, permitia expressamente a previsão infraconstitucional de jornada de trabalho superior, de modo que se a intenção do constituinte fosse realmente a de prever a possibilidade de jornada superior ou sem o limite constitucional para trabalhos “anormais” bastaria que repetisse a exceção à jornada em “casos especialmente previstos”, trazida na Constituição imediatamente anterior de 1967 (artigo 158) e continuada pela Emenda de 1969 (artigo 165), conforme visto no item 1.1 supra.

Nesse sentido, remete-se ao texto de Nylson Sepúlveda transcrito no item 1.2.3.1.1 supra, que descreve com clareza os argumentos de repúdio a interpretações que preferem evitar a verdadeira letra da lei.

Portanto, referida interpretação do artigo 7º, XIII, da Carta atual, para dar validade à exceção do artigo 62 celetista de que se trata no presente trabalho, ignora até o novo fundamento de validade trazido pela Constituição Federal de 1988, que conforme visto no item anterior, em razão da sua supremacia, apresenta um novo ordenamento jurídico ao qual devem se submeter as leis já vigentes e as que vierem a vigor.

O que se vê, assim, é que a interpretação nesse sentido é feita ao revés, isto é, a Constituição está sendo interpretada conforme as leis infraconstitucionais, e não o contrário, na tentativa de, a qualquer custo, manter-se a ordem jurídica até então vigente.

Ademais, a fragilidade do argumento em questão ainda salta aos olhos quando não acompanhada de uma definição do que seria um trabalho “normal”, o que de fato não se vê entre os doutrinadores que seguem a linha de raciocínio de Arnaldo Sussekind⁶⁸, os quais, de forma geral, apenas repetem as palavras desse autor, o qual tampouco se aprofunda nesses termos, mas apenas sugere que o trabalho do gerente é “anormal.”

E a razão de não haver aprofundamento nesse tema é simples: a clara dificuldade em se determinar o que é um trabalho “normal”, que parece ter como ponto de partida a aceitação de que a função de gerente seria “anormal”, tendo de se admitir, por conseguinte, que todas as demais funções seriam normais.

Entretanto, o fato é que admitir-se o trabalho do gerente como “anormal” é incorrer em outra inconstitucionalidade e até mesmo em ilegalidade, violando os preceitos da própria Consolidação das Leis do Trabalho para fazer valer um de seus dispositivos, após o surgimento de um novo pressuposto de validade das normas infraconstitucionais, na medida em que tanto a Constituição⁶⁹, como a CLT⁷⁰, vedam qualquer discriminação e diferenciação entre o trabalho técnico, manual e intelectual, bem como entre espécies de profissionais.

Dessa forma, admitir-se o trabalho de todo o gerente como “anormal”, é ignorar a alteração da regra constitucional de proteção à duração do trabalho trazida pelo constituinte de 1988, que se mantinha praticamente inalterada desde a primeira vez em que o direito do trabalho foi alvo de previsão constitucional no Brasil e, ainda por cima, atentar-se contra os postulados tanto da Constituição, como da própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, conclusão lógica é a de que o adjetivo “normal”, constante no inciso XIII, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988 relaciona-se à locução “duração do trabalho”, de modo que “anormal” será a duração do trabalho superior a

⁶⁸ Nesse sentido: CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33 ed. Atual.por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

⁶⁹ Art. 7º (...) XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

⁷⁰ Art. 3º (...) Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, motivo pelo qual é apontada como “serviço extraordinário” - isto é, o que não é ordinário, normal - no inciso XVI⁷¹ desse mesmo dispositivo constitucional, que nessa linha de raciocínio prevê a remuneração de referido “serviço extraordinário” com pelo menos cinquenta por cento de acréscimo com relação “à do normal”.

Portanto, a única interpretação que se entende plausível e substanciada é a de que normal (ordinário) é o trabalho realizado dentro do limite constitucional de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, e anormal (extraordinário), por conseguinte, é o trabalho realizado fora desse limite, isto é, que excede oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, razão pela qual gera direito a remuneração superior à do normal.

3.2.2. Incompatibilidade de Controle

O segundo argumento doutrinário na defesa da constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, não se pauta no texto constitucional, mas é encontrado na própria redação desse dispositivo celetista, confundindo-se, dessa forma, com os próprios fundamentos e objetivos da norma, conforme exposto no item 2.3 supra.

Referido argumento é, pois, aquele já mencionado no item relacionado, de que o cargo previsto no artigo 62, II, da CLT, seria incompatível com o controle da jornada de trabalho aplicado aos demais empregados, ou, de acordo com a tese de Arnaldo Sussekund exposta acima, com a dos empregados “normais”.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, em sua obra “Introdução ao Direito do Trabalho”⁷², após explicar que a norma se justifica na medida em que a “natureza” e “prerrogativas” do cargo incompatibilizam-no com o controle da jornada, assevera que o dispositivo em questão apenas traria uma presunção de

⁷¹ Art. 7º (...) XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

⁷² DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

impossibilidade de controle da jornada de trabalho, pois, de outra forma, estaria autorizando uma discriminação, o que o tornaria inconstitucional.

Assim, referido entendimento de constitucionalidade, que aos olhos do jurista em questão seria ainda mais plausível diante da ampliação da exclusão da norma, trazida pela lei nº 8.966/1994, encontra fundamento no fato de que, se comprovado o controle da jornada, independentemente do cargo exercido, não se aplicará a exclusão da norma, conforme se verifica de suas palavras abaixo transcritas:

(...) É que a lei considera que a natureza e prerrogativas do cargo de confiança o tornam incompatível com a sistemática do controle de jornada de trabalho aplicável ao conjunto de empregados de uma organização empresarial.

Note-se que a lei, aqui, apenas estabelece uma presunção – ela não autoriza a discriminação (que seria inconstitucional, a propósito: art. 7º, XIII e XVI, CF/88). Comprovado, inequivocamente, que o obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de confiança ou gestão, vê-se submetido a rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho, não há que se falar em exclusão de tal empregado do regime de jornada delimitada e, por consequência, da possibilidade de aferição de sobrejornada. A atenuação dos rigores do art. 62, “b”, da CLT, pela lei n. 8.966/94, torna ainda mais correta e pertinente essa compreensão interpretativa acerca do problema.⁷³

Todavia, inobstante o brilhantismo do jurista em questão, pede-se novamente vênia para discordar da tese defendida, irresignação já consignada, ao menos em parte, no item 2.3 do presente estudo.

Inicialmente, porque se entende que o raciocínio apresentado não segue a lógica merecida, na medida em que primeiro a norma é justificada pelo próprio cargo, que, segundo Godinho, acompanhado por boa parte da doutrina⁷⁴, possui características que o incompatibiliza com o controle de jornada, para, ato contínuo a referido fundamento, passar-se para a defesa de que inexistente discriminação, pois, conforme transcrito acima, se “o obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de

⁷³ DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

⁷⁴ Nesse sentido: VIANA, Marcos Túlio. **Adicional de Horas Extras**. In: Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Gytá; coordenação de Alice Monteiro de Barros. 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 1997. p. 115; OLIVEIRA, op. cit. p. 273; RUSSONAMO, 1997. 17 ed. op. cit. p.137.

confiança ou gestão, vê-se submetido a rigoroso controle de horários”⁷⁵, não estará incluso nesta regra.

Ora, em um primeiro momento a norma é justificada pelas prerrogativas do cargo, e, logo após, quer-se combater a sua inconstitucionalidade defendendo-se ser indiferente o exercício ou não do cargo, de modo que apenas teria importância a existência de fiscalização da jornada, deixando-se claro, ademais, de forma contraditória, que pode haver o exercício do cargo com o controle da jornada, na medida em que, repita-se, referido autor é expresso ao afirmar que em sendo comprovado que “o obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de confiança ou gestão, vê-se submetido a rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho, não há que se falar em exclusão de tal empregado do regime de jornada delimitada.”⁷⁶

A incongruência salta aos olhos, pois ora se pretende fundamentar as normas nas supostas prerrogativas do cargo (incompatibilidade de controle), e ora essas prerrogativas sequer existem, pois é afirmado que o cargo pode ser exercido com ou sem o controle da jornada, justificando-se a constitucionalidade unicamente na existência ou não dessa fiscalização, a qual seria desautorizada ao empregador quando o empregado exercer o cargo de gestão.

Aliás, a doutrina é praticamente unânime no sentido de que se o empregado estiver sujeito ao controle de fiscalização, terá direito à percepção de horas extras, independentemente do cargo que exercer e do adicional percebido, e isso, normalmente, após fundamentar a norma nas supostas prerrogativas do cargo, as quais impossibilitariam o empregado que o exerce de ter sua jornada de trabalho controlada⁷⁷.

Assim, em outras palavras, pode-se dizer que Godinho defende a constitucionalidade da norma em comento por entender que essa, na prática, apenas imporia ao empregado o ônus de comprovar a fiscalização da sua jornada

⁷⁵ DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

⁷⁶ DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

⁷⁷ Nesse sentido: VIANA, op. cit. p. 115; OLIVEIRA, op. cit. p. 273.

de trabalho, de modo que, restando comprovada, não estará incluído na norma de exclusão, independentemente do cargo exercido.

Nesse sentido, conclusão lógica é a de que não são as prerrogativas e a natureza do cargo que o tornam incompatíveis com o controle de jornada, mas o seu exercício que autoriza o empregador a não fiscalizar a jornada de trabalho do obreiro, dever que lhe é consignado pelo artigo 74 da CLT⁷⁸, incluso no mesmo capítulo em que consta o artigo 62, II, conforme já se concluiu no item 2.3 supra.

Talvez por isso Amauri Mascaro Nascimento, embora não adentre ao assunto da constitucionalidade ou não do artigo 62, II, da CLT, há muitos anos venha defendendo que “o empregado exercente de cargo de confiança só pode ser considerado um tipo especial de empregado num ponto, a restrição de direitos trabalhistas que sofre, no mais em nada diferindo do empregado comum, a não ser pelas vantagens econômicas inerentes ao cargo”⁷⁹.

O que se percebe, em verdade, é que a interpretação da norma como a apresentada por Godinho se encontra fundamentada em raciocínio inverso, eis que pretende justificar a constitucionalidade da norma por meio da sua aplicação, ao invés de defender a sua aplicação em razão da constitucionalidade, isto é, após a avaliação de que está de acordo com o pressuposto de validade da Constituição.

Ademais, a conclusão de Godinho de que a ampliação da exclusão de empregados do regime de duração da jornada de trabalho trazida pela lei nº 8.966/1994 tornaria ainda mais correta a compreensão de que a norma apenas

⁷⁸ Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

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

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 658.

estabelece uma presunção, demonstra também apenas um esforço no sentido de manter a norma no ordenamento constitucional de 1988, interpretando a Constituição conforme as leis e não o contrário.

Isso porque a alteração trazida pela lei em comento é tão somente incompreensível ante o novo fundamento de validade contido na Constituição de 1988, eis que tratou de alargar a possibilidade de exclusão de determinados empregados do direito previsto constitucionalmente em razão dos cargos por eles exercidos.

Assim, a “atenuação dos rigores do art. 62, “b”, da CLT, pela lei nº 8.966/94, torna ainda mais correta e pertinente essa compreensão interpretativa acerca do problema”⁸⁰ apenas quando se interpreta a Constituição de acordo com as normas infraconstitucionais, como se essas fossem seu fundamento de validade, e não o contrário.

Por essas mesmas razões, também não se pode concordar com Sérgio Pinto Martins quando defende a constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, alegando que esse dispositivo “não está mencionando que o empregado deva trabalhar mais do que a jornada anunciada na Constituição, apenas que (...) os gerentes, de modo geral, deixam de ter direitos a horas extras, pois (...) o empregado faz o horário que quer, podendo entrar mais cedo e sair mais tarde, ou entrar mais tarde e sair mais cedo, a seu critério.”⁸¹

Primeiro porque, embora o artigo em questão não esteja determinando o trabalho em uma jornada superior à constitucional, expressamente exclui de determinada espécie de empregado o direito a uma jornada máxima de trabalho, o que claramente afronta o inciso XIII, do artigo 7º, da Constituição de 1988, que garante esse direito, ao prever que a duração de trabalho não poderá exceder 8 horas diárias e 44 semanais, sem repetir, conforme já visto, as exceções constitucionais anteriores.

⁸⁰ DELGADO, 2001. op. cit. p. 339.

⁸¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 520.

Ora, se a Constituição estabelece como direito do trabalhador um limite máximo diário e semanal de duração do trabalho, garante a todos os empregados uma jornada de trabalho limitada, impedindo a existência no ordenamento jurídico brasileiro de norma que preveja jornada de trabalho superior, como também ilimitada, ou, ainda, que exclua expressamente de um empregado o direito de ter uma jornada de trabalho limitada, como ocorre no artigo 62, II, da CLT.

Em segundo lugar, a norma celetista em questão também retira expressamente do empregado o direito à percepção de horas extras, o que é até mesmo admitido pelo autor em questão, e o que tampouco não deixa de ser determinação absolutamente contrária a texto constitucional, na medida em que o artigo 7º, XVI, da CF/88 prevê expressamente o direito do empregado de perceber horas extras em razão da extrapolação da jornada.

Ademais, há que se ter em mente que inexiste relação entre o empregado teoricamente “fazer o horário que quer”, como aduz Sérgio Pinto Martins, e a constitucionalidade ou não do dispositivo, mas, apenas, como já constatado anteriormente, o que se consegue depreender é que a norma consigna uma autorização para que o empregador não controle a jornada de trabalho de seu empregado, retirando o direito deste a uma jornada limitada, a horas extras e, quando da leitura literal de seu texto novo, até mesmo ao repouso semanal remunerado, o que não deixa de ser inconstitucional, ante a redação dos incisos XIII e XVI da Constituição de 1988.

Portanto, se nota mais uma vez a mera interpretação da Constituição segundo a legislação infraconstitucional, e não o contrário, bem como a defesa da constitucionalidade como consequência de sua aplicação, e não a sua aplicação em decorrência da constatação da constitucionalidade, em um grande esforço da doutrina para manter a validade da norma de exclusão em comento.

De outra sorte, não há que se olvidar o fato, também já demonstrada no item 2.3 do presente trabalho, de que os legisladores, tanto do artigo 62, “b”, quanto do artigo 62, II, da CLT jamais mencionaram que os cargos de gestão ali consignados devem ser compreendidos como aqueles incompatíveis com o controle

da jornada, sendo que, conforme visto, quando a lei quis definir um empregado nesses termos o fez de forma expressa, no mesmo dispositivo, na alínea “a”⁸² e, posteriormente, no inciso I⁸³, ao especificar o que seria um trabalhador externo.

Não há, portanto, qualquer previsão no artigo de 62, II, da CLT que possa levar à conclusão de que o cargo de gestão deve ser entendido como aquele impassível de controle. Muito pelo contrário, a leitura do artigo 62 da CLT em seu todo, antes e depois da lei nº 8.966/1994, só leva a conclusão absolutamente diversa, eis que o legislador, quando quis excluir determinado empregado em razão da impossibilidade de controle de sua jornada, expressamente consignou esse requisito.

Portanto, até o presente momento, o que se vê é que o legislador do artigo 62, alínea “b”, e posteriormente inciso “II”, da CLT, autorizou a exclusão de determinado empregado das regras relativas à duração do trabalho, dentre as quais o dever de seu empregador de fiscalizar a sua jornada, em razão de exercerem função de gestão e receberem um salário diferenciado dos demais empregados, tanto que jamais houve exigência de previsão de pagamento de adicional salarial ao trabalhador externo, mas tão somente do exercício de trabalho incompatível com o controle de jornada.

Diante disso, não obstante o esforço operado pela doutrina na defesa da compatibilidade dessa norma com o ordenamento constitucional de 1988, é fato que a exclusão ali presente nunca se fez, e não se faz, em razão da possibilidade de fiscalização, mas tão somente do exercício do cargo de gestão - que, conforme visto, nos termos da lei, tampouco tem como prerrogativa a impossibilidade de controle de jornada -, juntamente com a percepção de um salário superior ao dos demais empregados.

⁸² Art. 62. Não se compreendem no regime deste Capítulo :

a) os vendedores praticistas, os viajantes e **os que exercerem, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário**, devendo tal condição ser, explicitamente, referida na carteira profissional e no livro de registro de empregados, ficando-lhes de qualquer modo assegurado o repouso semanal; (grifo nosso)

⁸³ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa **incompatível com a fixação de horário de trabalho**, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (grifo nosso)

3.3. Posição do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou quanto ao tema da constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, o qual, conforme visto, dificilmente passa despercebido aos olhos dos estudiosos do Direito do Trabalho brasileiro, ante a redação dos incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Assim, a mais alta Corte trabalhista do país possui atualmente entendimento assente no sentido de que o artigo 62, II, da CLT é constitucional, conforme se evidencia da ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 62, II, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. Segundo o entendimento desta Corte Superior, o artigo 62, II, da CLT não teria sido derogado pelo artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. O referido preceito de lei tem plena vigência e regula situação específica, excepcional à regra geral prevista no mencionado dispositivo da Constituição Federal. Precedentes. Embargos de declaração providos parcialmente para prestar esclarecimentos, sem efeito modificativo.⁸⁴

Pelo que se lê, depreende-se que o Tribunal Superior do Trabalho considera que o artigo 62, II, da CLT prevê situação específica e excepcional à regra geral prevista no artigo 7º, XIII, da Constituição de 1988, o o faria daquele artigo celetista um dispositivo constitucional.

Nesse sentido, para uma melhor compreensão da posição da Corte Superior Trabalhista, colaciona-se abaixo decisão anterior à transcrita acima, advinda da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, a qual lhe serviu de embasamento, ementada nos seguintes termos:

⁸⁴ Processo 52300-64.2008.5.17.0161 ED-RR, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Julgamento 12/12/2012, DEJT 14/12/2012. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR-52300-64.2008.5.17.0161&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJMGAAE&dataPublicacao=14/12/2012&query=constitucionalidade 62 cargo de confiança. \(grifo do autor\).](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR-52300-64.2008.5.17.0161&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJMGAAE&dataPublicacao=14/12/2012&query=constitucionalidade 62 cargo de confiança. (grifo do autor).) Acesso em: 03.01.2013.

EMBARGOS - RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO - GERENTE - EMPREGADO EXCLUÍDO DO REGIME DE CONTROLE DA DURAÇÃO DO TRABALHO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62, II, DA CLT - NÃO-OCORRÊNCIA

1. O exame da compatibilidade de ato normativo pré-constitucional com nova Constituição não se resolve pela declaração de inconstitucionalidade, mas pelo direito intertemporal.

2. O inciso XIII do art. 7º é norma constitucional de eficácia contida (para utilizar classificação consagrada pelo prof. José Afonso da Silva). Se preferirmos a sistemática de Michel Temer, poderemos dizer que é norma de eficácia restringível e redutível (pois o dispositivo constitucional pode ter seu campo de atuação reduzido ou restringido pela lei comum).

3. É legítima, assim, a mitigação do regime de duração do trabalho fixado pela norma constitucional por meio de lei, desde que observado o princípio da proporcionalidade (em suas três dimensões, sinteticamente expostas por Paulo Bonavides).

3. Na hipótese do art. 62, II, da CLT, é excluído do regime de duração do trabalho o empregado detentor de cargo de confiança, desde que perceba gratificação de, no mínimo, 40% do salário efetivo (nos termos do parágrafo único do referido dispositivo).

4. O cargo de fidúcia e a maior remuneração auferida justificam a exclusão do regime de duração do trabalho, de modo que é imperioso reconhecer a recepção do art. 62, II, da CLT pela atual Carta Política.

*Embargos não conhecidos.*⁸⁵

Pois bem, ante a leitura da ementa acima, a qual expõe tese detalhada, fica claro que o Tribunal Superior do Trabalho tem como fundamento central de recepção e constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, o entendimento de que a o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988 é norma de eficácia contida, de modo que sua aplicabilidade não seria integral, havendo espaço para uma atuação restritiva por parte do legislador ordinário, o que seria o caso do dispositivo celetista em questão, que preveria situação especial, passível de mitigar a regra geral de limitação da duração do trabalho prevista constitucionalmente.

⁸⁵ Processo 663225-90.2000.5.09.5555 E-RR, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, SBDI-1, Julgamento 28.11.2005, DJ 17/02/2006. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20663225-90.2000.5.09.5555&base=acordao&numProcInt=46829&anoProcInt=2000&dataPublicacao=17/02/2006%2000:00:00&query=>. (grifo do autor). Acesso em: 03.02.2013.

Entretanto, referido entendimento, que, infelizmente, parece estar atualmente pacífico na Corte Superior Trabalhista do país, sustenta-se em premissas extremamente frágeis, especialmente após o estudo realizado neste trabalho, sobre as quais se faz necessário tecer algumas considerações.

A primeira fragilidade esposada pelo Tribunal Superior do Trabalho na defesa da constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, já foi alvo de estudo detalhado no presente trabalho, no item 1.2.3.1, onde, analisando-se minuciosamente o artigo 7º, XIII e XVI, levando em consideração até mesmo o histórico constitucional brasileiro de previsão da duração da jornada de trabalho, verificou-se tratar de norma de eficácia plena, segundo a classificação consagrada por José Afonso da Silva.

Isso porque, em um primeiro momento, neste trabalho, fez-se uma análise desde a primeira previsão constitucional no Brasil quanto à duração do trabalho, isto é desde a Constituição de 1934, a primeira a tratar de matéria trabalhista no país, até a previsão constitucional atual.

Por meio desse estudo, ficou claro que a Constituição de 1988 é absolutamente inovadora quanto à matéria em debate, representando claro avanço social, eis que além de trazer a limitação da duração do trabalho como um direito fundamental, reduzir a jornada semanal para 44 horas e prever o direito à remuneração pela jornada extraordinária em, no mínimo, 50% superior à do trabalho normal, deixou de constar exceção genérica à duração máxima do trabalho existente desde a Constituição de 1934, e passou a prever exceção específica e expressa de possibilidade tão somente de compensação e redução, por meio de acordo ou convenção coletiva.

Assim, restou evidente a intenção do constituinte de 1988 de se estabelecer um limite máximo da duração normal da jornada de trabalho a ser respeitado pelas legislações inferiores, ao deixar de repetir as normas constitucionais relativas à jornada de trabalho que se faziam presentes desde 1934.

Ainda, mesmo que se ignorasse a evolução constitucional das normas de limitação da duração do trabalho, o que já representaria uma análise falha quanto ao tema, o fato é que a redação do artigo 7º, XIII, da Constituição de 1988 desautoriza, por si só, a sua aplicação como norma de eficácia contida.

Com efeito, o dispositivo constitucional em questão prevê expressamente uma única possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho máxima por ele imposta, qual seja, a compensação e redução dos horários de trabalho, por meio de acordo ou convenção coletiva.

Portanto, inexistente no artigo 7º, XIII, da Constituição de 1988 qualquer possibilidade de mitigação da norma pelo legislador infraconstitucional, eis que a sua redação não expressa essa possibilidade, mas apenas um limite máximo que deve ser seguido pelas leis ordinárias, as quais estão vedadas de preverem tanto uma jornada de trabalho com limite superior, como que determinado empregado não tem direito ao limite ali imposto.

Ora, nenhum jurista seria capaz de negar que uma lei infraconstitucional que estabelece a duração de trabalho de determinados profissionais como sendo, por exemplo, de 10 horas diárias e 54 semanais, é inconstitucional, o que seria perfeitamente aceitável se o artigo 7º, XIII, da Constituição vigente fosse, de fato, uma norma de eficácia contida, pois o legislador ordinário estaria autorizado a restringir, mitigar os direitos ali previstos, como era plenamente possível na vigência das constituições que precederam a de 1988.

Dessa forma, evidencia-se que encarar e aplicar o dispositivo constitucional em questão como uma norma de eficácia contida pode representar até mesmo um retrocesso social, em ignorância à evolução do direito do trabalho no Brasil e no mundo, e à importância das normas de limitação da duração do trabalho, que são normas de saúde pública, com fundamento social, biológico e político-econômico, conforme foi matéria de estudo no item 1.2.3.2 supra.

Portanto, de acordo com o histórico constitucional do país de limitação da duração da jornada de trabalho, seja pela mera leitura do artigo 7º, XIII, da

Constituição de 1988, seja ainda levando-se em consideração a evolução do direito do trabalho e os fundamentos sociais, biológicos e político-econômicos da norma que limita a duração do trabalho, é incontestável que esse dispositivo constitucional trata-se de norma de eficácia plena, tendo aplicação direta, imediata e integral.

Nesse sentido está Amauri Martins Ferreira, que consigna de forma expressa seu entendimento de que “o art. 7º da Constituição Federal de 1988, é uma norma de eficácia plena, que independe e não aceita qualquer regulamentação infraconstitucional”⁸⁶.

Ademais, a redação do inciso XVI desse mesmo dispositivo constitucional tampouco permite a sua restrição por meio de lei ordinária, não havendo qualquer reserva para tanto, e estabelecendo não apenas o direito do trabalhador à remuneração pelo labor em jornada extraordinária, como também um percentual mínimo de majoração do valor da hora extraordinária, o qual não poderá ser mitigado.

E nesse momento, alcança-se o segundo inconveniente da tese defendida pelo Tribunal Superior do Trabalho, qual seja, não levar em consideração a previsão contida no inciso XVI, do artigo 7º, da Constituição de 1988, que, não menos importante, também se apresenta frontalmente contraditória com a redação do artigo 62, II, da CLT.

De fato, o artigo 62, II, celetista exclui do empregado exercente de cargo de gestão todos os direitos contidos no “Capítulo II – Da Duração do Trabalho”, em que está inserido, e no qual resta previsto, no artigo 59, o direito à percepção de remuneração superior em razão do labor excedente à duração normal do trabalho, inobstante o percentual exposto nesse dispositivo não tenha sido recepcionado pela Constituição de 1988, que no inciso XVI do artigo 7º, conforme visto, estabeleceu um mínimo de 50%.

⁸⁶ FERREIRA, op. cit. p. 146.

Nesse sentido, o que se quer demonstrar é que o artigo 62, II, da CLT, exclui do empregado exercente de cargo de gestão o direito de perceber horas extras, o que, se não contraria a redação do inciso XIII, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, por se entender que seria uma norma de eficácia contida, tese com a qual, registra-se, não se concorda no presente trabalho, claramente atrita com o inciso XVI desse dispositivo constitucional, que estabelece não apenas o direito do empregado de receber remuneração pelo labor em jornada extraordinária, como também o adicional mínimo de 50% em razão desse, não permitindo a mitigação de qualquer desses direitos pelo legislador infraconstitucional.

Por tais razões, seja por ter restado claro no presente estudo que os incisos XIII e XVI, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988 se tratam de normas de eficácia plena, seja pela evolução constitucional brasileira em matéria trabalhista, seja pelos fins e objetivos sociais, biológicos e político-econômicos da norma limitadora da duração do trabalho, evidencia-se que a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema, com a devida vênica, apresenta-se fundamentada em bases frágeis e premissas ultrapassadas, carecendo de revisão.

3.4. Da não recepção do artigo 62, “b”, da CLT e inconstitucionalidade do artigo 62, II, da CLT

Embora não seja fácil encontrar na doutrina e muito menos na jurisprudência, tese que aceite a incompatibilidade entre a redação do artigo 62, “b”, e, posteriormente, inciso II, da CLT, com a Constituição de 1988, de fato, conforme já restou consignado no presente estudo, não se vislumbra a possibilidade de conclusão diversa.

O estudo aprofundado dessa norma celetista, antes e depois da alteração trazida pela lei nº 8.966/1994, juntamente com a análise do dispositivo constitucional que garante a todos os trabalhadores a limitação da jornada de trabalho e percepção de remuneração superior em razão da sua extrapolção, analisando-se não apenas os seus fundamentos e objetivos, como também a evolução dessa espécie de previsão nas constituições brasileiras, destrói qualquer tentativa e esforço na defesa

da compatibilidade do texto consolidado em comento com o ordenamento constitucional de 1988.

A Constituição Federal de 1988, incontestavelmente, e de modo coerente com a evolução do Direito do Trabalho e importância da limitação da jornada laboral, inovou quanto à matéria, trazendo entre os direitos fundamentais do trabalhador, no artigo 7º, incisos XIII e XVI, o de ter uma jornada de trabalho limitada e perceber remuneração superior em cinquenta por cento pelo labor que exceda esse limite, sem a exceção que vinha se repetindo desde a Constituição de 1934, que permitia expressamente ao legislador ordinário ou em casos especiais, a previsão de jornada de trabalho superior.

Conforme visto, a elevação da norma que limita a duração do trabalho a um direito fundamental gera não apenas o direito subjetivo do trabalhador de ter uma jornada de labor limitada, podendo exigí-lo judicialmente, como também o dever do Estado de garantir e proteger esse direito de agressões advindas do próprio Poder Público, dentre elas, a edição de uma lei que não permita o gozo desse direito.

Ainda, ao estabelecer que o trabalhador tem o direito fundamental de ter uma jornada de trabalho limitada, a Constituição de 1988 garante não apenas a supremacia hierárquica desse direito com relação às demais normas constitucionais, protegendo-o de reforma do poder constituinte, como também a sua aplicação imediata⁸⁷.

Ademais, a limitação da jornada de trabalho possui fins biológicos, sociais e político-econômicos que não podem ser negados, sendo norma de saúde pública, tendo em mente ainda que o direito ao descanso e ao lazer vem sendo compreendidos como direitos tão fundamentais como o direito ao labor, deixando-se de enxergar o trabalhador como mera força de trabalho, mas como um ser social, na

⁸⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

medida em que não apenas é essencial ao homem a recuperação de suas forças para nova jornada laboral, o que gera aumento na produtividade, como também é de suma importância a sua convivência em sociedade, a presença no seio familiar, o acesso à cultura, a realização de atividades recreativas e, até mesmo, o tempo ocioso.

A análise realizada no presente trabalho das normas constitucionais anteriores que versavam sobre a duração do labor não deixou dúvida de que o constituinte de 1988 tem tais fins biológicos, sociais e políticos em mente, eis que além de reduzir a jornada de trabalho semanal de 48 para 44 horas, entendeu pela necessidade de que todos os trabalhadores tivessem como direito fundamental uma jornada limitada, deixando de possibilitar a previsão de exceções, como ocorria desde a Constituição de 1934, e reforçando a importância do respeito a essa norma mediante a garantia do também direito fundamental à remuneração superior em 50% em caso de extrapolação desse limite, com o claro intuito de evitar que o empregador exceda-o.

Aliás, a observação de que a Constituição de 1988 deixou de repetir as exceções expressas quanto ao direito do trabalhador à jornada máxima de trabalho, constantes em todas as constituições brasileiras que dissertaram sobre o tema, é de suma importância, pois por si só já é capaz de combater qualquer tese no sentido de que a duração máxima de trabalho estabelecida no inciso XIII, do artigo 7º, da Constituição atual seria direito previsto tão somente para o trabalho normal, de modo que a norma admitiria exceções.

De fato, o artigo 7º, XIII, da Constituição de 1988, não aceita as exceções admitidas nas constituições anteriores, ficando clara a intenção do constituinte ao alterar completamente a redação da norma constitucional limitadora da jornada de trabalho, elevá-la à categoria direito fundamental e estabelecer, no inciso XVI desse mesmo dispositivo, elevado ônus ao empregador que a infringir, qual seja, a de que todos os trabalhadores, sem exceção, passassem, a partir da sua vigência, de forma imediata, a ter direito a uma jornada de trabalho limitada em 8 horas diárias e 44 semanais, e buscando a maior efetividade da norma com o estabelecimento de uma

remuneração superior em 50% ao empregado em caso de extrapolação desse limite na prática.

Assim, seja pela simples leitura dos incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, seja pela sua análise conforme a evolução constitucional das normas limitadoras da jornada de trabalho, e de acordo com seus fins biológico, social e político-econômico, tal qual estudo realizado no presente trabalho, evidente que se tratam de normas de eficácia plena, exigindo aplicação imediata, como qualquer norma de direito fundamental, direta e integral, inexistindo em suas redações qualquer margem para atuação restritiva por parte do legislador ordinário.

Dessa forma, qualquer norma infraconstitucional que exclua de alguma espécie de empregado o direito de ter uma jornada de trabalho limitada nos termos constitucionalmente impostos e de receber remuneração superior em 50% quando da extrapolação desse limite na prática, será incompatível com os incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que trouxe um novo fundamento de validade para o ordenamento jurídico brasileiro.

Pois bem, o que se verificou no presente trabalho é que o artigo 62, II, da CLT, bem como sua redação anterior à lei nº 8. 966/1994 trata exatamente de excluir determinada espécie de empregado, qual seja, o exercente de cargo de gestão, de qualquer direito referente à duração do trabalho, não possuindo, assim, limite de jornada laboral e tampouco, até mesmo por consequência, direito à percepção de remuneração com acréscimo de 50% em razão das horas trabalhadas.

A análise detalhada da redação do artigo 62, II, da CLT, antes e depois da lei 8.966/1994, deixa claro que se trata de uma norma que sempre restringiu direitos ao empregado em razão do cargo exercido e de uma superioridade salarial, sendo que após a lei em comento ainda tratou, de forma incompreensível, de alargar as possibilidades de exclusão, eis que houve abrandamento na definição do cargo de gestão.

Tal qual se demonstrou, a doutrina se esforça para manter a norma celetista em questão no ordenamento jurídico brasileiro, não aceitando a incompatibilidade que salta aos olhos com a Constituição de 1988, justificando a sua aplicabilidade por não se tratar de trabalho “normal” e ante suposta impossibilidade de fiscalização, ignorando a alteração constitucional quanto ao tema e a própria letra da lei, bem como defendendo a constitucionalidade da norma em razão da sua aplicação, e não o seu emprego em decorrência da sua constitucionalidade, interpretando a Constituição conforme a legislação infraconstitucional, sem se dar conta do novo fundamento de validade trazido pelo constituinte atual.

A mais alta Corte Trabalhista também prefere ignorar a alteração trazida na Constituição de 1988 quanto à limitação da jornada de trabalho, evitando enxergar a evolução constitucional brasileira quanto ao tema, a elevação dessa garantia a um direito fundamental do trabalhador, e a redação em si da norma, julgando a favor da constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, sob o fundamento de que se trata de norma de eficácia contida, que aceita ser mitigada pelo legislador infraconstitucional.

Olvida-se o Estado, neste momento, de fazer valer o direito fundamental do trabalhador a uma jornada de trabalho limitada e à remuneração com acréscimo de 50% quando da subordinação a labor além dos limites constitucionais, deixando de garantir esses direitos subjetivos do empregado, que, quando exigidos no judiciário lhes estão sendo negados, de forma que o Estado não apenas está deixando de garantir e permitir o florescimento desses direitos, como também de defendê-los de atentados advindos dos próprios poderes públicos, neste caso, o legislativo, por meio da previsão do artigo 62, II, da CLT.

Portanto, aceitar-se a recepção do artigo 62, “b”, da CLT pela Constituição Federal de 1988 e a constitucionalidade da lei nº 8.966/1994, que alterou a redação dessa norma, transformando-a no inciso II desse mesmo dispositivo, é ignorar a importância da elevação do direito à limitação da jornada de trabalho a um direito fundamental, tendo em vista seus aspectos subjetivos e objetivos, e sua supremacia formal e material.

Tal aceitação significa ainda deixar de observar a própria redação da constituição atual, a evolução constitucional brasileira quanto ao tema e quanto ao direito do trabalho, bem como os fins jurídicos, sociais e biológicos da norma constitucional protetora e limitadora da duração do trabalho.

É a ignorância, ademais, de que a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 traz um novo fundamento de validade às normas infraconstitucionais já existentes e que vierem a partir de então a existir no ordenamento jurídico do país, as quais deverão ser com essas compatíveis, e não o contrário, isto é, não é a Constituição que deve ser interpretada conforme a legislação, mas esta que deve ser decifrada conforme aquela.

Assim, as normas que já existiam quando da entrada em vigor do texto constitucional de 1988 e que com esse não se compatibilizaram, sequer poderiam ter adentrado ao novo ordenamento jurídico do país, eis que não recepcionadas, e as que advierem a partir da sua vigência, e com previsões também em contrário, tampouco terão validade, eis que padecerão de inconstitucionalidade, não havendo que se cogitar a possibilidade de interpretar a norma Constitucional conforme a infraconstitucional para manter ou dar validade a esta última.

Por tudo quanto exposto, conclusão lógica é a de que o artigo 62, “b”, da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, eis que se tratava de norma que excluía de determinado empregado, em razão do cargo exercido e da superioridade salarial, direitos trazidos pelo novo ordenamento constitucional como fundamentais do trabalhador, quais sejam, o de ter uma jornada de trabalho limitada e de perceber remuneração com acréscimo de 50% sobre o valor normal quando submetido a labor em jornada superior, contrariando de forma clara o quanto previsto nos incisos XIII e XVI do artigo 7º, que se tratam de normas de eficácia plena.

Por conseguinte, o artigo 62, II, da CLT, editado durante a vigência da atual Constituição, pela lei nº 8.966/1994, a qual, conforme visto, além de manter a exclusão da redação anterior, ainda tratou de aumentar a possibilidade de enquadramento de empregados nessa norma, padece de inconstitucionalidade

material por ação, sendo sua redação, por maior razão, absolutamente incompatível com o artigo XIII e XVI, da Constituição Federal de 1988.

Vê-se, assim, que o artigo 62, “b”, da CLT, apesar de ter sido tacitamente revogado pelo novo pressuposto de validade trazido pela Constituição Federal de 1988, continuou sendo plenamente aplicado após a sua entrada em vigor, tanto que em 1994, após seis anos de vigência da atual Constituição, foi alterado para possibilitar que um maior número de empregados não tivessem acesso ao direito constitucional fundamental de ter a sua jornada de trabalho limitada em 8 horas diárias e 44 semanais e perceber remuneração com acréscimo de 50% quando ultrapassado esse limite.

Sabe-se que a manutenção da validade dessa norma no atual ordenamento constitucional do país e a sua aplicação indiscriminada, mantém os empregados exercentes de cargo de confiança conectados de forma desumana ao trabalho, aos quais não é garantido, por conseguinte, o direito ao descanso e ao lazer, o que é ainda mais possível com a evolução tecnológica, ao contrário do que supunha Mascaro em 1989⁸⁸, em comentários à então recém-chegada Constituição Federal de 1988.

É importante que se tenha em mente que o fato de os empregados enquadrados na norma de exclusão em questão possuírem maior qualificação e vencimentos elevados, não os retira da posição de empregados, e tampouco os torna menos dependentes de seu trabalho e seu salário, que possui a mesma natureza alimentar do salário de qualquer outro obreiro.

Pelo contrário, tais empregados muitas vezes acabam apresentando uma dependência ainda maior de seu empregador, na medida em que necessitam manter-se sempre atualizados, preparados e qualificados para o mercado de trabalho, e se determinado empregado não estiver disposto a abdicar de sua vida pessoal, seu descanso e lazer em prol de jornadas extenuantes de trabalho, outro estará, e a sua recolocação no mercado de trabalho, com os mesmos vencimentos,

⁸⁸NASCIMENTO, 1989. op. cit. p.167.

não se fará tão simples, podendo até mesmo representar a paralisação da sua ascensão profissional.

Esse problema atual é muito bem constatado por Jorge Luiz Souto Maior, que de forma brilhante consta observação que vale a pena ser colacionada abaixo:

O direito do trabalho, sendo um centro de positivação da garantia dos direitos humanos, evidentemente, não deve encarar este fato como normal e estar alheio a ele, ou, pior, fixar normas que o legitime, pois o resultado é que uma geração inteira de pessoas qualificadas e que muito bem poderiam servir à sociedade de outro modo, está sendo consumida no incessante ritmo alucinado do trabalho direcionado pelos comandos da produção moderna.⁸⁹

O que se nota, portanto, é que os doutrinadores, juízes de primeira instância, tribunais e até mesmo a mais alta Corte em matéria trabalhista existente no Brasil, ao invés de protegerem e fazerem valer a conquista dos direitos fundamentais dos trabalhadores trazidos na Constituição de 1988, vêm se esforçando para manter norma que exclui de determinado profissional o direito constitucional fundamental expresso de ter uma jornada de trabalho limitada, aplicando dispositivo infraconstitucional claramente incompatível com a atual ordem constituinte, e colaborando, por conseguinte, com a desumanização do direito do trabalho e do trabalhador, com consequências drásticas na vida desses empregados, da sua família e de toda a sociedade.

⁸⁹ SOUTO MAIOR, op. cit. p. 08.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, por meio do estudo aprofundado do artigo 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, antes e depois da lei nº 8.966/1994, buscou provar a inconstitucionalidade deste dispositivo celetista que exclui determinados empregados de qualquer direito relativo à duração do trabalho.

Para tanto, foi necessário primeiro uma breve análise das previsões constitucionais brasileiras antes de 1988 sobre a limitação da jornada de trabalho, para então passar-se ao estudo da norma constitucional atual quanto ao tema, com a análise do artigo 7º, XIII e XVI, onde se notou inegável mudança e evolução na Constituição vigente.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 não apenas reduziu o limite diário e semanal de carga horária de trabalho previsto desde a Constituição de 1934, deixou de prever exceção expressa a esse limite existente em todas as constituições brasileiras que versaram quanto ao tema até então, como elevou a limitação da jornada de trabalho a um direito fundamental do trabalhador, garantindo ainda, também como um direito fundamental, a remuneração superior em, no mínimo, 50% à do labor dentro nos limites de duração constitucionalmente impostos, quando da subordinação a jornada de trabalho que os exceda.

Ainda, se analisou no presente trabalho os objetivos sociais, biológicos e político-econômicos da norma constitucional limitadora da jornada de trabalho, e também a importância e o significado de passar a ser garantida como um direito fundamental do trabalhador na Constituição Federal de 1988.

Tendo tais significados em mente, passou-se ao estudo do artigo 62, II, da CLT, antes e depois da lei nº 8.966/1994, constatando-se que se trata de norma de exclusão de determinado empregado de todo e qualquer direito relativo à duração do trabalho, em razão da função exercida e da superioridade salarial, bem como que a alteração trazida pela lei em comento representou um abrandamento da norma,

possibilitando o enquadramento nessa, e a conseqüente exclusão de direitos, de uma maior gama de empregados.

Assim, em um terceiro momento, o presente trabalho buscou contrapor a norma celetista de exclusão com a norma constitucional de garantia do limite à jornada de trabalho e remuneração superior pelo labor que o exceda, no sentido de verificar a compatibilização do texto do artigo 62, II, da CLT, antes e depois da lei nº 8.966/1994, com a redação dos incisos XIII e XVI do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, primeiro foi necessária uma breve análise dos conceitos de recepção e constitucionalidade, para então passar-se à análise do posicionamento da doutrina e do Tribunal Superior do Trabalho quanto à questão posta no presente trabalho, onde se constatou a existência de verdadeiro esforço para a manutenção do artigo 62, II, da CLT no ordenamento jurídico de 1988, ignorando-se a própria letra do texto celetista e da Constituição, bem como a evolução constitucional da norma limitadora da jornada laboral no país, e a sua garantia como um direito fundamental do trabalhador, assim como de remuneração superior em 50% pelo labor além do limite previsto.

Enfim, evidenciou-se a interpretação da Constituição Federal de 1988 conforme a legislação infraconstitucional, e não desta conforme aquela, ficando claro que a maior parte da doutrina e jurisprudência evita e ignora o novo fundamento de validade trazido pelo constituinte de 1988, e até mesmo a importância social, biológica e econômica da limitação da jornada de trabalho, em verdadeiro e grande empenho para manter a norma celetista de exclusão no novo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, após referido estudo e constatações, ficou evidente que a redação do artigo 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, anterior e posterior à alteração trazida pela lei nº 8.966/1994, é absolutamente incompatível com a do artigo 7º, XIII e XVI da Constituição Federal de 1988, alcançando-se a conclusão que se buscava com o presente estudo, qual seja, de que o artigo 62, II, da CLT é inegavelmente inconstitucional, sendo que a sua redação anterior à lei em comento,

então prevista na alínea “b”, sequer foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Por fim, impera constar que ante o estudo que se propôs neste trabalho, vê-se a urgente necessidade de que doutrinadores e juristas passem a enfrentar o texto do artigo 62, II, da CLT em contraposição com o artigo 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal de 1988, norma de direito fundamental, com maior comprometimento e seriedade, sem juízo de valores e demais interesses, ponderando se essa norma, de fato, tem espaço na atual conjuntura constitucional, na evolução do direito do trabalho e na sociedade que o constituinte de 1988 quis implantar.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro. **Duração do trabalho. Aspectos atuais e revisões necessárias.** In: GENESIS - Revista de Direito do Trabalho. Curitiba: julho de 1996

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2011.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 33 ed. Atual.por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

CESARIANO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Consolidação das Leis do Trabalho Anotada.** 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. vol. I.

_____, Constituição, 1934. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 14.10.2012.

_____, Constituição, 1937. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em 14.10. 2012.

_____, Constituição, 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 14.10.2012.

_____, Constituição, 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 14.10.2012.

_____, Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 14.10.2012.

_____, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 27.10.2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho: relações de trabalho e relação de emprego.** 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10 ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

_____, Emenda Constitucional, 1969. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 14.10.2012.

FERREIRA, Amauri Martins. **Gerências e Chefias Bancárias e o Direito à hora extra.** In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região. Belo Horizonte, jan.98/dez.98.

GONÇALVES, Marcelo Freire. **Judicialização dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho.** Tese de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13919. Acesso em: 27.10.2012.

_____, Lei nº 8.966, de 27 de dezembro de 1994. **Altera a redação do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8966.htm. Acesso em: 07.11.2012.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora LTr, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Direito do Trabalho: Em sintonia com a nova Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1993.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6 ed. Niterói: Editora Impetus, 2005.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. **70 anos da Justiça do Trabalho**. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho - Edição Comemorativa dos 70 anos da Justiça do Trabalho. Brasília, abr/jun. 2011, vol. 77, n. 2. p. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25136/77-2.pdf?sequence=1#page=236>>. Acesso em: 28.10.2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais do direito do trabalho, sujeitos e instituições do direito individual**. 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implantação dessas decisões no direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RUSSONAMO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

RUSSONAMO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. Curitiba: Editora Juruá, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SEPÚLVEDA, Nylson. **A Inconstitucionalidade da Lei n. 8.966, de 27.12.94 – Exceção à Limitação Legal da Jornada de Trabalho – art.62 da CLT**. In: Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, fev.2001. v. 65, n. 2.

SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, abril/2002, vol. 798. Disponível em:
<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Fedu%2Farticle%2Fdownload%2F1495%2F1179&ei=7YoCUY6XI5Pa8ATdh4C4Bg&usg=AFQjCNGqCgo1J4cL7Wdti8RHjN9anzzx0A&sig2=WHw3jyR9gZzEILlcahVLjQ&bvm=bv.41524429,d.eWU>>. Acesso em: 01.12.2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas: nº 23, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf>. Acesso em: 27.12.2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: Editora LTr, 1997.

VIANA, Marcos Túlio. **Adicional de Horas Extras**. In: Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Gyatá; coordenação de Alice Monteiro de Barros. 3 ed. São Paulo: Editora LTr, 1997.