

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO DA PUC-SP

MURILLO CARDOSO QUIRINO

**PROPOSTA DE LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO AOS
EMPREGADOS OCUPANTES DE ALTOS CARGOS**

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO/SP

2016

MURILLO CARDOSO QUIRINO

**PROPOSTA DE LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO AOS
EMPREGADOS OCUPANTES DE ALTOS CARGOS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação do Curso de Especialização em Direito do Trabalho, sob a orientação do professor Dr. Marcelo Morelatti Valença.

SÃO PAULO/SP

2016

MURILLO CARDOSO QUIRINO

**PROPOSTA DE LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO AOS
EMPREGADOS OCUPANTES DE ALTOS CARGOS**

Este trabalho de conclusão de curso, constituído de uma monografia, foi julgado adequado para aprovação do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e aprovado em sua forma final com nota _____ em: ____/____/____.

Professor(a) Dr(a).
Diretor(a) Acadêmico

Apresentado à Banca Examinadora composta pelos professores:

Professor Dr. Marcelo Morelatti Valença
Orientador

Professor(a) Dr(a).
Examinador(a)

Professor(a) Dr(a).
Examinador(a)

*"Entre o forte e o fraco,
Entre o rico e o pobre,
É a liberdade que escraviza,
É a lei que liberta."*

Henri Dominique Lacordaire (1802-1861)

RESUMO

Com a perspectiva do liberalismo travado pela Revolução Francesa, o homem sujeitou a espécie à beira da degradação diante das condições subumanas de trabalho. Na medida em que a industrialização invadia o setor produtivo, os trabalhadores eram submetidos cada vez mais a jornadas de trabalho muito longas e exaustivas. Diante dessas condições, o proletariado formou a chamada *consciência de classe*, reivindicando a necessidade de intervenção do Estado para proteção dos mais fracos, principalmente por meio de normas a limitar a duração da jornada de trabalho.

Assim, entre os princípios que se universalizaram visando à proteção do trabalho humano e a dignificação do trabalhador, destaca-se o referente à limitação do tempo de trabalho.

A jornada de trabalho é expressamente conceituada no art. 4º, CLT, como o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, compondo ainda o *tempo in itinere* (art. 58, §2º, CLT). A jornada de trabalho é composta pelo tronco básico, tempo máximo previsto para duração do trabalho decorrente do contrato, e pelos componentes suplementares, como o trabalho que extrapola o tempo normal.

A Constituição Federal de 1988 consagrou no artigo 7º, inciso XIII, a regra referente à duração normal do trabalho, sendo não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, fração do dia acompanhado pelo art. 58, *caput*, CLT. Para a jornada extraordinária na modalidade de mero *acordo de prorrogação*, o art. 59, *caput*, CLT, estabeleceu que não poderá ser superior a duas horas diárias. Tem-se, assim, o tempo máximo tolerável de trabalho pela legislação brasileira de dez horas por dia.

Como derrogações permanentes da jornada de trabalho estão os altos cargos, sendo os empregados ocupantes de cargo de gestão, por literal determinação contida no art. 62, II, CLT. O cargo de gestão, diferente do cargo de confiança (intermediário), é caracterizado pela acumulação de dois requisitos: a) objetivo: distinção remuneratória do cargo subalterno de, pelo menos, 40%, com gratificação de função, se

houver; e b) subjetivo: exercício do poder de gestão, caracterizado pela independência; colaboração; exercício da parcela do poder diretivo e gestão da empresa.

Diante do consentimento do Poder Judiciário, que aplica constantemente o referido artigo como excludente dos altos cargos às normas atinentes da Duração do Trabalho, aproveitam-se os empregadores desse mecanismo que, novamente, exige dos empregados o cumprimento de jornadas excessivamente longas e cansativas, porque não há obrigatoriedade de controle de horários, muito menos pagamento de horas extras.

Essa circunstância tem sido uma das novas formas de precarização das condições de trabalho, com violação dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa e aos pertinentes à existência do trabalhador.

Destarte, em busca da *prevenção* da saúde e da vida do assalariado, deve ser feita melhor interpretação do art. 62, II, CLT, diante dos métodos hermenêuticos. A ideia de limitação da jornada de trabalho aos empregados ocupantes de cargo de gestão leva em consideração as técnicas *histórica/evolutiva* e *lógica/sistemática* e observa a situação desigual desse empregado perante os demais para atribuir o tempo de trabalho condizente com a duração máxima tolerável pela legislação, qual seja de dez horas diárias, razão pela qual a distinção remuneratória tem a função de contraprestação das duas horas que excedem a oitava.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Direito Constitucional; Direitos fundamentais; Direitos sociais; Empregados; Altos cargos; Cargo de gestão; Cargo de confiança; Jornada de trabalho; Prorrogação da jornada; Horas extras; Limite tolerável de trabalho; Prevenção; Precarização; Interpretação hermenêutica.

ABSTRACT

Through the perspective of the liberalism arose at the French Revolution, the men kind subjected the species to the threshold of degradation in the face of subhuman conditions of work. As the industrialization invaded the productive sector the workers were submitted to longer and exhausting working days. In view of these conditions, the proletariat formed the *class consciousness*, claiming for the need of the state to intervene on behalf of the weakest, mainly through standards which limited the duration of the working days.

Thus, among the principles that protect the human work and dignify the worker, stands out the one referred to time of work limitation.

The working hours is conceptualized at the article number 4 of the Labor Code as a period in which the employee has to be available to the employer, awaiting or executing orders, composing yet the time *in itinere* (58th article, 2nd paragraph, Labor Code). The working hours are composed by the maximum amount of time established to the duration of work as a result of the agreement, as well as the supplementary components, such as the duties that exceed the maximum of time established by the law.

The Federal Constitution of 1988 devoted its 7th article, line XIII, to the rule concerning regular duration of work, which shall not be more than eight hours per day and forty-four hours per week, fraction of the day followed by the 58th article of the Labor Code. To the extraordinary working hours found as mere *prorogation agreement*, the 59th article of the Labor Code established that they shall not be of more than two daily hours. Therefore, the maximum working time tolerable by the Brazilian legislation is of ten hours a day.

The High Posts are permanent derogations of the working hours, in which the employees hold the management positions, by literal determination of the 62th article, Line II of the Labor Code. The management post, in a different way from the position of trust (intermediary), is characterized by the accumulation of two requirements: a) objective: a wage distinction from the lower post of, at least, 40%, plus function bonus in

certain cases; and b) subjective: performance of power of management, formed by Independence, collaboration, directive power performance and management of the company.

Considering the Judiciary approval, which often applies the referred article as an excluding of high posts to the rules concerning the duration of work, the employers take advantage of this mechanism which, again, demand extreme long and exhausting working hours from the employees, because it does not exist any obligation on timing control, nor payment of overtime.

This circumstance has been one of the new ways of precarious of the conditions of work, which violate the fundamental rights such as the dignity of the human being and those concerning the worker existence.

Therefore, seeking to preserve the health and the life of salaried workers, the 62th article, line II of the Labor Code should be better interpreted, according to the hermeneutic methods. The idea of limitation of working hours to the employees who have a management post considers the historical/evolutionary and logical/systematic and observes the unequal situation of this employee before the others in order to attribute the amount of work time matching the maximum tolerable duration by the legislation, which is ten hours per day, reason why the remuneration distinction has the role of consideration of the two hours that exceed the eighth.

Key words: Labor Law; Employment Law; Constitutional Law; Fundamental Rights; Social Rights; Employees; High Posts; Management Position; Position of Trust; Working Hours; Extension of Working Hours; Overtime; Tolerable Limit of Work; Prevention; Precarious; Hermeneutics Interpretation.

SUMÁRIO

1. Introdução	11
2. Apenas breves considerações	14
3. A breve análise da evolução histórica	16
3.1. A escravidão, a servidão e as corporações de ofício	16
3.2. O grande acontecimento: A Revolução Industrial	20
3.3. Enquanto isso: No Brasil	24
3.3.1. Passando pelas Constituições brasileiras	27
4. Da jornada de trabalho	30
4.1. Denominação	31
4.1.1. Duração do trabalho	31
4.1.2. Jornada de trabalho	31
4.1.3. Horário de trabalho	32
4.2. Conceito	33
4.2.1. Tempo efetivamente trabalhado	34
4.2.2. Tempo à disposição do empregador	35
4.2.3. Horas <i>in itinere</i>	36
4.3. Natureza jurídica	39
4.4. Composição da jornada de trabalho	40
4.4.1. Jornada normal de trabalho	41
4.4.2. Jornada extraordinária	43
4.4.2.1. Espécies de prorrogação da jornada de trabalho	45
I. Acordo de prorrogação	46
II. Regime de compensação	47
III. Necessidade Imperiosa	49

5. Os altos cargos	51
5.1. Conceito e características	52
5.2. Ocupantes de cargo de gestão ou de cargo de confiança	53
5.2.1. Diretores empregados	55
5.2.2. Sócios empregados	56
5.3. Exclusão da proteção da jornada de trabalho	57
5.4. A (in)Constitucionalidade do artigo 62 da CLT pela Constituição Federal	61
 6. Proposta de limitação da jornada de trabalho aos empregados ocupantes de altos cargos	 64
6.1. Formas de interpretação do art. 62, II, CLT	67
6.1.1. Interpretação histórica e evolutiva	68
6.1.2. Interpretação lógica e sistemática	70
6.2. A situação da distinção remuneratória	72
 7. Conclusão	 73
 8. Referências Bibliográficas	 77

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade e o ordenamento jurídico possuem inúmeras preocupações sobre as situações que desaguam na precarização das condições de trabalho e a violação dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa e aqueles pertinentes à própria existência do trabalhador (direitos sociais, como saúde, vida, segurança).

Como exemplo disso, durante o “Seminário Acidentes, Trabalho e Saúde no Século XXI”, realizado em parceria entre a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e o Núcleo Regional do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, em 27.09.2013, o jurista Claudio Brandão, ministro do Tribunal Superior do Trabalho, afirmou que o trabalho não pode mais ser um fator de adoecimento permanente ou de mortandade e, principalmente, que o objetivo maior dos debates deve se voltar à prevenção. Para ele, o mais importante direito assegurado aos trabalhadores pela Constituição Federal de 1988 é a redução dos riscos¹.

Neste diapasão, a jornada excessiva de trabalho tem sido um dos maiores problemas experimentados pelos homens e mulheres, principalmente pelos empregados ocupantes de cargo de gestão, tendo em vista a exclusão legal ao direito de se ter uma jornada de trabalho estabelecida.

O cargo de gestão está previsto no inciso II do art. 62, CLT, e, ao excepcionar o trabalhador do direito de limitação da jornada de trabalho e do recebimento de horas suplementares, vem sendo um mecanismo jurídico utilizado para a exploração do trabalho humano com a chancela do Poder Judiciário, que o declara recepcionado pela Carta Magna e o aplica mediante interpretação estritamente literal.

A limitação da jornada de trabalho tem como objetivo primordial o de se evitar a fadiga e afastar os trabalhadores de riscos à sua vida e saúde provenientes de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho.

¹ VERDE, Guilherme Villa. ***'A proteção do trabalhador deve estar focada na preservação da saúde e na redução de riscos', afirma ministro do TST.*** Disponível em: <www.trt4.jus.br/comunicacao/noticia> Publicado em 01.10.2013, acessado em 02.08.2016 às 22h00.

O objetivo do presente trabalho é apresentar uma proposta de limitação da jornada de trabalho aos empregados ocupantes de cargo de gestão por meio de métodos hermenêuticos conforme a vontade do constituinte de estabelecer um limite de trabalho, nos termos do inciso XIII do art. 7º:

"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".

No transcorrer da exposição apreciam-se diversos institutos de Direito do Trabalho, não com o intuito de proceder a um estudo detalhado de cada um deles, mas sim de abordá-los como forma de preparar o leitor à ideia mencionada, porque ao tratar de temas extensos, como duração do trabalho, a ordem jurídica possibilita inúmeras discussões específicas, o que tornaria o trabalho longo e possivelmente desvirtuaria a concentração.

Utilizando da técnica dedutiva, foram consultadas a doutrina especializada e a jurisprudência pertinentes ao tema, buscando uma explicação de validade à norma, com desejo de assegurar o limite tolerável de trabalho aos altos cargos como forma de prevenção dos riscos atinentes à saúde do trabalhador. Respeitando-se, para tanto, as normas que compõem o ordenamento vigente.

Assim, o presente estudo iniciar-se-á pelas considerações preliminares, abordando-se, aqui, o sentido do trabalho. Em seguida, no Capítulo 3, passar-se-á a expor a evolução histórica do trabalho e do Direito do Trabalho, com enfoque na limitação da jornada de trabalho, separando-se a história, até o marco da Revolução Industrial, em três importantes períodos: escravidão, servidão e corporação de ofício.

Depois, no Capítulo 4, serão abordados: o instituto da Jornada de Trabalho; as distinções de denominações de duração, jornada e horário; o conceito como tempo à disposição do empregador; a natureza jurídica; e a composição da jornada de trabalho, normal e extraordinária.

Dando sequência, no Capítulo 5, será analisada a figura dos altos cargos como os empregados ocupantes de cargo de gestão, versando sobre: conceito e características; distinções de cargo de confiança (estendendo a análise aos diretores e sócios empregados); e exclusão desses trabalhadores da proteção da duração do trabalho.

Finalizando-se, no Capítulo 6, apresentar-se-á a ideia de limitação da jornada de trabalho aos empregados ocupantes de cargo de gestão.

2. APENAS BREVES CONSIDERAÇÕES

A começar da pré-história, fase mais remota do mundo, o homem já trabalhava, seja para se alimentar, se defender, se abrigar. O termo jurídico de trabalho é conceituado, de maneira ampla, pelo jurista ARNALDO SÜSSEKIND², como sendo "*toda energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo, constitui trabalho*".

A jurista ALICE MONTEIRO DE BARROS³, mencionando o sentido nos dicionários etimológicos, define que o termo *trabalho* deriva do latim *tripaliare* que significa instrumento de tortura de três pontas.

Assim, é possível pontuar que, nos primórdios da humanidade, o trabalho era considerado como um castigo e como uma dor. Concebido como *vil*, ou seja, um desagrado ao homem, deveria ser exercido, exclusivamente, pelos escravos.

A história da palavra *trabalho* no tempo, tem, como denominador comum, a ideia de um esforço, um cansaço, um sofrimento, uma tarefa penosa. Entretanto, nos dias atuais, afirma-se que é visto como algo enobrecedor ao homem.

O trabalho é algo próprio e inseparável do homem. É a toda sua atividade, toda sua ação.

Nessa ótica, pode-se distinguir o trabalho humano em *produtivo* e *recreativo*: este é o da satisfação em ser executado, evidentemente, para quem dele possa se ocupar, desvinculado de qualquer produtividade; aquele resulta da maior eficiência da energia despendida com vistas a uma melhor qualidade ou, como no mais comum das vezes, na consecução de maior quantidade de bens ou serviços⁴.

O trabalho produtivo, ou seja, o esforço do homem aplicado ao resultado produtivo, sempre o levou à exploração. Nesse sentido, a *jornada de trabalho* vem como

² **Curso de Direito do Trabalho**. 03ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 03.

³ **Curso de direito do trabalho**. 08ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 43.

⁴ FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 03 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 15.

a primeira preocupação histórica de proteção ao trabalhador contra a exploração de sua energia e do desgaste físico e mental.

THOMÁS HOBBS, filósofo inglês, em seu livro *Leviatã* (1651), já dizia que o *homem é o lobo do homem* (*homo homini lupus*), reconhecendo que a natureza humana sempre procurou explorar, ou no melhor linguajar, devorar o próximo, designando a opressão que os mais fortes têm sobre os mais fracos.

O jurista EVARISTO DE MORAES FILHO⁵ se posiciona no sentido de que o trabalho produtivo, por ser penoso e depreciativo, afasta os mais afortunados (*in casu*, os empregadores).

Dito isso, entendemos que na relação de emprego estabelecida pelos arts. 2º e 3º, CLT, fica clara a dominação dos mais fortes sobre o mais fracos, razão pela qual imperiosa é a proteção dos assalariados (*princípio basilar do Direito do Trabalho*), mesmo daquele que ocupa alto cargo dentro do estabelecimento corporativo.

⁵ *Introdução ao direito do trabalho*. 09ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 23.

3. A BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Tecidas as breves considerações introdutórias relacionadas aos temas trabalho e jornada, continua-se o presente labor através da breve análise histórica à luz do *trabalho humano* e do *surgimento do Direito do Trabalho*, iniciando com a intenção de memorar o leitor que os direitos trabalhistas hoje existentes são frutos de incessantes lutas e conquistas dos trabalhadores.

Da narrativa sobre a origem do mundo no livro Gênesis, do Pentateuco (composição dos cinco primeiros livros da Bíblia), deduz-se que os primeiros trabalhos foram os da Criação, ao mencionar que Deus, no sétimo dia, maravilhado com sua obra e trabalho de suas mãos, descansou.

Antes da Revolução Industrial, no século XVIII, não havia regramento de forma *sistematizada* a fim de controlar o poderio do tomador dos serviços e de proteger aqueles que os prestam.

Nesta época, pode-se pôr em relevo três grandes fases:

- a *Escravidão*;
- a *Servidão*;
- e as *Corporações de ofício*.

3.1. A escravidão, a servidão e as corporações de ofício

A origem da **escravidão** tem relação direta com a percepção do homem em compreender o valor de seus prisioneiros: ao invés de matá-los e comê-los era mais proveitoso escravizá-los com a finalidade de usufruir de seu trabalho.

Na Antiguidade, portanto, o trabalho possuía um sentido *material*. O escravo se assemelhava a uma coisa, pertencendo ao seu amo a partir do momento em que entrava no seu domínio, sendo objeto de sua *propriedade*. O escravo não era enquadrado como um sujeito de direito⁶.

⁶ O Código Civil brasileiro vigente, de 10.01.2002, preconiza em seu primeiro artigo: "*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*".

A escravidão era tida como justa e necessária: para ser *culto* era necessário ser rico e ocioso, como afirmava ARISTÓTELES⁷ e os demais filósofos e pensadores da época, como Platão, Xenofonte, Sêneca e Tácito, ao justificarem o motivo da escravidão.

Contudo, Aristóteles naquele tempo já vislumbrava a possibilidade da extinção da escravidão com a automação dos trabalhos:

"Se cada instrumento pudesse realizar seu trabalho obedecendo ou antecipando a vontade de outros, como as estátuas feitas por Dédalo, ou tripodes girados de Hefesto, os quais, diz o poeta, 'sozinhos entravam na assembléia dos deuses', se, da mesma maneira, a lançadeira do tear tecesse sozinha e a palheta tocasse a lira, os fabricantes não precisariam de trabalhos, nem os senhores precisariam de escravos."⁸

O trabalho produtivo e exaustivo era considerado impróprio e ingrato ao homem, sendo destinado aos escravos. No entanto, como assegura SEGADAS VIANNA⁹, a escravidão não existiu só na Antiguidade, mas também na Idade Média.

Porém, na época medieval o trabalho escravo decaiu com o feudalismo, transformando aos poucos o trabalho na forma de escravidão para a da **servidão**.

Os escravos alforriados, e até mesmo trabalhadores livres, vinculavam-se à terra colonizada em busca de *proteção, habitação e comida*, lhes sendo fornecido um feudo (concessão de terras ou de rendimentos), tornando-se obrigatoriamente servos do detentor do feudo (servo da gleba).

Em contrapartida, estavam obrigados à pesadas cargas de trabalho, prestando serviços, obediência e auxílio, sendo, inclusive, maltratados ou encarcerados pelo seu senhor.

A situação do colono era muito próxima à do escravo. O jurista SEGADAS VIANNA¹⁰ assevera que "*a servidão foi um tipo muito generalizado de trabalho em que o*

⁷ VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1, 19 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 28.

⁸ **A política**. Traduzida por Therezinha Monteiro Deustch. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 148 e 149.

⁹ **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 28.

indivíduo, sem ter a condição jurídica de escravo, na realidade não dispunha de sua liberdade", em face da estreita relação de dependência entre ele e o dono da terra.

No início, o servo também é visto como uma coisa, mas no primórdio da Idade Média, é reconhecida sua personalidade jurídica. Determinados *direitos civis* lhes foram reconhecidos à época, como contrair núpcias, embora o casamento dependesse de prévia autorização de seu senhor¹¹.

A doutrina de MOZART VICTOR RUSSOMANO ¹² nos ensina que "o *trabalhador medieval, na verdade, está no primeiro degrau de uma longa escada, que ele subiria lentamente, com sofrimentos leves e recuos: a escada de sua libertação*".

Sem nenhum tipo de regulamentação nos períodos da escravidão e da servidão, o *tempo de trabalho* era fixado pelo meio ambiente, pois se trabalhava de sol a sol, de acordo com as condições climáticas e estações do ano.

Durante a Idade Média, processou-se a alteração no sistema econômico, aparecendo os *grupos profissionais*. O homem que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra para proveitos próprios, passara a exercer uma atividade de forma organizada, mas sem ainda gozar de inteira liberdade.

As **corporações de ofício** representavam esses *grupos organizados de trabalhadores*, visando o controle do mercado e da concorrência, para garantir os privilégios de seus dirigentes. Surge, então, a figura do *mestre* aos quais os trabalhadores se submetiam.

A organização da corporação era distribuída em três níveis: *aprendizes, companheiros e mestres*. Os aprendizes eram jovens trabalhadores que aprendiam o ofício sempre submetidos, estritamente, ao mestre; terminada essa fase, subiam à categoria de companheiros, que eram trabalhadores qualificados, mas sem condição de ascenderem à mestria, uma vez que essa era assegurada à transmissão dos privilégios dos mestres aos seus filhos ou sucessores¹³.

¹⁰ **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 29.

¹¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 06ª ed, Curitiba: Juruá, 1997, p. 11.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Idem*, p. 12.

Têm-se as *primeiras regulamentações* nas corporações, por meio de comissão administrativa constituída por mestres eleitos em assembleia¹⁴, embora de *conteúdo proibitivo* ao invés de disporem sobre direitos. Iniciaram-se tais regulamentações com a fixação da duração do trabalho (jornadas do nascer ao pôr do sol), proibindo o trabalho aos domingos e nos dias de festas religiosas e normatizando sobre o trabalho manual dos produtos e sua comercialização¹⁵.

O trabalho executado em público para a fiscalização a quem interessasse era uma das curiosidades dessa regulamentação. O jurista PINTO ANTUNES¹⁶ conclui vir daí "*o hábito imemorial das oficinas com entrada franca em muitas cidades do interior, e o costume dos alfaiates executarem seus serviços nas calçadas ou à luz das janelas, nessas vilas centenárias perdidas pelo interior de nosso País*".

As corporações passam à decadência porque o trabalho só poderia ser exercido por quem o Poder autorizasse (as cidades eram governadas pelos mestres, pelo seu saber destacado dos demais), depois de um rigoroso exame profissional feito para que os mestres não perdessem suas regalias. Assim os trabalhadores começam a procurar pela *liberdade de produção* e abandonar as corporações.

Na visão de AMAURI MASCARO NASCIMENTO¹⁷, mencionando os dizeres de PIERRE LAVIGNE, a combinação de alguns textos desta época resultou no advento da liberdade individual de trabalho como direito na França, expandindo a mesma ideia aos demais países.

O fato é que tanto a exploração do trabalho escravo, o trabalho servil e as corporações, tiveram seu fim com a *proclamação de liberdade* pela Revolução Francesa

¹⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 03ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, ps. 08 e 09.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Apud* FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 03 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 38.

¹⁷ Referem-se os textos ao Editto de Turgot do século XVIII, ao Decreto Dellarde e a Lei Le Chapelier que preconizaram sobre o direito ao trabalho como primordial ao homem e a extinção das corporações. **Curso de direito do trabalho**. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26 e 27.

(1789), embora em alguns países a servidão subsistisse até meados do século XX e a escravidão encontre resquícios de existência até hoje.

Com o prisma do liberalismo travado pela Revolução Francesa: *laissez-faire, laissez-passer*¹⁸ (deixe fazer, deixe passar), o homem sujeitou sua espécie à beira da *degradação*, pois trabalhava a preço muitíssimo baixo e em condições subumanas por consequência dessa ampla liberdade contratual (o Estado amparava o sistema jurídico nos conceitos abstratos de igualdade e liberdade).

Contudo, importante salientar que, em todas essas épocas anteriores, aqueles que estavam interessados na prestação de serviços (amo, senhor ou mestre) de alguma forma *zelavam pela integridade* de seus prestadores, porque o escravo ou o servo representava um capital ou um bem, e nas corporações deles dependiam para a produção.

3.2. O Grande Acontecimento: A Revolução Industrial

Um episódio marcante foi a invenção da máquina e sua aplicação à indústria, como ensina a doutrina de SEGADAS VIANNA¹⁹:

"primeiramente a máquina de afiar, o método de 'pudlagem' (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força do trabalho, tudo isso iria importar na redução a mão-de-obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários."

Sobre a famosa máquina a vapor, ORLANDO GOMES²⁰ leciona que a primeira foi descoberta por Thomas Newcomen, em 1712, utilizada para bombear água das minas de carvão inglesas, mas, no entanto, era tosca. Na segunda metade do século XVIII, James Watt introduziu importantes aperfeiçoamentos a ela.

¹⁸ É a fórmula do liberalismo econômico, atribuída a Vicent Gournay (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed., São Paulo: Ltr, 2012, p. 50)

¹⁹ **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 32.

²⁰ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 01.

O autor-jurista²¹ prossegue afirmando que a máquina de Watt só se tornou uma realidade pela necessidade de uma *fonte de energia* para mover as pesadas máquinas já inventadas para a indústria têxtil, afirmando que:

"o desenvolvimento técnico da máquina a vapor, seu aperfeiçoamento, foi, certamente, a causa de um mais rápido processo de industrialização".

Na medida em que a *industrialização* invadia o setor produtivo e com a proclamação de liberdade pelos revolucionários franceses, os trabalhadores eram submetidos a jornadas de trabalho muito mais longas e cansativas.

Assinala AMAURI MASCARO NASCIMENTO²² que até a invenção do *lâmpião de gás*, devida a William Murdock, em 1792, trabalhava-se enquanto a luz o permitisse e, a partir desse momento, os estabelecimentos passaram a funcionar no período noturno, obviamente aumentando o tempo de trabalho.

A doutrina de SÉRGIO PINTO MARTINS²³ informa que na maioria dos países da Europa, por volta de meados de 1800, a jornada de trabalho era de 12 a 16 horas, principalmente entre mulheres e menores. Nos Estados Unidos, no mesmo período, a jornada de trabalho balizava entre 11 e 13 horas.

A exploração do trabalho das mulheres e dos menores foi facilitada (as mulheres sempre trabalharam, sendo que o novo sistema nas fábricas apenas intensificou sua participação). Tornaram-se inevitáveis o aumento nos acidentes mecânicos, o estreitamento das margens de lucro, os salários baixos e as jornadas excessivas²⁴.

Entretanto, a invasão das máquinas nas indústrias e fábricas fez com que ocorresse gradativamente a diminuição da necessidade da mão-de-obra, uma vez que o

²¹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 01.

²² **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 19.

²³ **Direito do trabalho**. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 476.

²⁴ PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

trabalho que era realizado por vários homens passou a ser feito apenas por um no controle da máquina.

Nas palavras de EVARISTO DE MORAES FILHO²⁵: *"não era a pessoa humana o que mais importava, já que passava a ser mera guardiã e assistente do aparelho mecânico"*.

O **trabalho assalariado** e o **surgimento do Direito do Trabalho** estão vinculados à Revolução Industrial.

A situação precária do proletariado com o sistema liberal resultou na associação²⁶ daqueles que estavam em condições iguais, ensejando a chamada *formação de uma consciência de classe*²⁷, propiciando o intervencionismo do Estado, justificado pela necessidade de uma legislação de proteção e de tutela dos mais fracos.

Ensina MAURICIO GODINHO DELGADO²⁸ que:

"o Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do Século XIX [desenrolar do processo da Revolução Industrial] e das transformações econômicas-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado [relação empregatícia] como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade".

Neste sentido, também ensina ORLANDO GOMES²⁹ que:

"a ação direta do proletariado no quadro das condições adversas que lhe criou a primeira Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação histórica do Direito do Trabalho."

²⁵ **Introdução ao direito do trabalho**. 09ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 67.

²⁶ Explica Orlando Gomes que o associacionismo (movimento sindical) inicialmente era tido como clandestino, pois a Lei *Le Chapelier*, além de prever a extinção das corporações, também previa a proibição de associação e reunião sob pena de morte, sendo em uma etapa média tolerada e ao final reconhecido pela autoridade pública. (**Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 02)

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ **Curso de direito do trabalho**, 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 87.

²⁹ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 03.

Diante dos conflitos sociais gerados pela *precariedade* das condições de trabalho durante o desenvolvimento do processo industrial, o Estado passou a se mobilizar e a interferir nas relações trabalhistas para proteger os trabalhadores, sendo certo que as primeiras leis de proteção aos trabalhadores foram exatamente as que se destinaram a *limitar a duração da jornada de trabalho*.

Para AMADOR PAES DE ALMEIDA³⁰, citando a expressão de MIRKINE GUETZÉVITCH, "*criam-se as chamadas obrigações positivas do Estado assumindo o trabalho especial relevo, merecendo, por isso mesmo, maior solicitude do Estado*".

Assim, a partir do século XIX, tem-se algumas normas de *caráter tutelar* ao menor e depois à mulher, como, por exemplo, na Inglaterra, em 1883, onde se proibiu o trabalho do menor de 09 anos e se limitou a 09 horas a jornada de trabalho do menor de 13 anos e a 12 horas a do menor de 18 anos, com a instituição de inspetores de fábricas; e, em 1844, também no território inglês, com a limitação do trabalho feminino em 10 horas diárias.

A duração diária do trabalho em 10 horas com a disposição em caráter geral foi pioneira na Inglaterra em 1847³¹, seguida por vários outros países da Europa: em 1848 na França, em 1885 na Áustria e em 1887 na Rússia.

Os Estados Unidos, em 1868, já fixavam a jornada de trabalho de 08 horas, porém restrita aos empregados federais. A Austrália, pioneira, em 1901, fixou essa mesma jornada de *forma geral*. Sob o influxo da encíclica *Rerum Novarum*³², do PAPA LEÃO XIII, de 1891, havia a diretriz que a partir de 1915 a maioria dos países adotam a jornada de 08 horas.

³⁰ **CLT comentada: legislação: doutrina: jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 03.

³¹ Em sua obra o autor menciona que muitos outros autores indicam a lei francesa de 1848 como a primeira a fixar a duração do trabalho de caráter geral. Ele afirma ser a primeira a do parlamento inglês, cita Max Beer confirmando a data, o qual reproduz as palavras de Karl Marx. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Op. cit., p. 18.

³² É a ação da Igreja que "*proclama a necessidade da união das classes do capital e do trabalho, que têm 'imperiosa necessidade uma da outra; não pode haver capital sem trabalho nem trabalho sem capital; ao contrário, de um conflito perpétuo, não podem resultar senão confusão e lutas selvagens'*." VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 40).

A norma de proteção ao trabalhador com a limitação da jornada diária de 08 horas ganha *status* constitucional logo em seguida, pela primeira vez, com a Constituição do México de 1917.

O Tratado de Versalhes em 1919 criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT) para tornar efetiva a universalização dos preceitos de proteção ao trabalhador, cuja primeira conferência no mesmo ano disse respeito à limitação da jornada de 08 horas ou da semana de 48 horas.

3.3. Enquanto isso: No Brasil

No território brasileiro, durante o período de 1500 a 1888, como predominavam o trabalho escravo e o regime agrícola, os homens não haviam despertado para as questões sociais que agitavam a Europa pela Revolução Industrial.

Nota-se nesse período algumas leis, como em 1830, regulando a prestação de serviços dirigida a brasileiros e estrangeiros, em 1837 sobre contratos de prestação de serviços de colonos, dispondo sobre o término da prestação por justa causa das partes, e em 1850 preceitos sobre aviso-prévio, todos no Código Comercial³³.

As leis encontradas no período do Império e também nos tempos de colônia não podem ser consideradas "*como fonte de nossa atual legislação, porque nem representavam um sistema, nem tiveram qualquer encadeamento com as leis que muito mais tarde apareceram*", como afirma SEGADAS VIANNA³⁴.

Até então, a Constituição de 1824 (Imperial) apenas extinguiu as corporações de ofício, reconhecendo o direito de liberdade no exercício de qualquer profissão, ideal proclamado pelos revolucionários franceses de 1789.

O primeiro marco histórico no Direito do Trabalho brasileiro foram as leis que, gradativamente, aboliram a escravidão no país. Embora suas essências não fossem propriamente trabalhistas, foram dirigidas ao regime totalmente incompatível com a

³³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 55.

³⁴ **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 52.

ordem justralhista,. A *Lei do Ventre Livre* (1871) dispôs que os filhos dos escravos nasceriam livres; a *Lei do Sexagenário* (1885) libertou os escravos com mais de 60 anos; e, finalmente, a *Lei Áurea* (1888) extinguiu a escravidão.

Com a proclamação da República em 1889, os projetos parlamentares começaram a demonstrar o reflexo de problemas vividos no país. Visualizam-se greves, que no início eram esporádicas, geralmente visando à *redução da jornada de trabalho*, melhores salários e outras condições de trabalho.

Nesse ponto, AMAURI MASCARO NASCIMENTO³⁵ ressalta que:

"Formavam-se, assim, condições para que o trabalho subordinado viesse a ser regido por leis de proteção, mas, não obstante, o Poder Público, fiel ao princípio liberalista que o inspirava, mantinha-se alheio a qualquer reivindicação. Estas existiam. Atestam-no dois fatos: o elevado número de greves e o movimento político."

Ainda que a Constituição de 1891 não tivesse destinado espaço às chamadas questões sociais, ALICE MONTEIRO DE BARROS³⁶ aponta a notícia de um Decreto de 1891 que dispunha sobre a jornada de 09 horas para os meninos e de 08 horas para as meninas.

Enfatiza SEGADAS VIANNA³⁷ que "*a Legislação Social no Brasil começou, decididamente, após a Revolução de 1930*".

Com o governo de Getúlio Vargas, o ideal da *intervenção estatal* nas relações de trabalho passa a ter aceitação pela influência histórica do modelo corporativista italiano.

A partir de 1932, várias leis surgiram disciplinando a *duração do trabalho* em 08 horas diárias dirigidas a diversos setores da economia, como o Decreto 21.186, de 22.03.1932, que regulamentou o horário de trabalho dos comerciários e o Decreto 2.364, de 04.05.1932, dos industriários.

³⁵ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 62.

³⁶ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 522.

³⁷ **Instituições de direito do trabalho.** Op. cit., p. 58.

Em 1933, estendeu-se tal jornada a outros trabalhadores de barbearias, farmácias e panificações, entre outros. Neste ano, existiram leis que fixaram em 6 horas a jornada de trabalho nas casas de diversões, nos bancos e casas bancárias e em 7 horas nas casas de penhores.

Mas foi em 1943 que a legislação sobre jornada de trabalho ganhou impulso definitivo no Brasil. A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu Capítulo II, tratou da *Duração do Trabalho*, composta de várias seções dispondo sobre jornada de trabalho, períodos de descanso, trabalho noturno, entre outros.

Foi considerada por vasta corrente de manifesta inclinação fascista, por ter sido inspirada na *Carta Del Lavoro*, de Benito Mussolini, da Itália, e veemente negada por ARNALDO SÜSSEKIND³⁸.

Brilhante a lição sobre as formas de sistematização das normas jurídicas de MOZART VICTOR RUSSOMANO³⁹, a qual reproduz:

"Entre a codificação e a incorporação a diferença é a seguinte: embora ambas recolham as normas jurídicas anteriores, o Código aparece sempre como lei nova, vigorando desde certo dia, e, além disso, altera o direito até então dominante. Na incorporação, tanto faz que as leis sistematizadas, compiladas e transcritas comecem a vigorar, em conjunto, após sua republicação, ou que se deixe, a cada trecho de lei, a força de sua origem. Além de tudo, a incorporação não cria direito novo. Limita-se a organizar o direito esparso existente. A consolidação não tem alma própria. O Código possui uma filosofia."

³⁸ "Quais as fontes e procedimentos que a Comissão adotou para compor o sistema orgânico, corrente, que é a CLT? Em primeiro lugar, procuramos sistematizar, com algumas adaptações, as normas de proteção individual do trabalho que correspondiam a três fases distintas: a dos decretos legislativos do Governo Provisório da Revolução de 1930; a das leis do Congresso Nacional na vigência da Constituição de 1934; a dos decretos-leis do chamado 'Estado Novo', configurado na Carta Constitucional de 1937. Essas normas de proteção individual do trabalho - sublinho bem esse aspecto - haviam sido inspiradas, basicamente, nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho e na encíclica *Rerum Novarum*.", palestra proferida em Brasília nos dias 28 e 29 de outubro de 1993 por ocasião do Congresso Comemorativo do Cinquentenário da CLT,

³⁹ **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17ª ed. atual. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 01.

A elaboração legislativa é um processo de contínua atividade e, até nos dias de hoje, mantém acesa a vontade da elaboração de um Código para sistematizar, de forma una e harmônica, as normas trabalhistas.

No momento existem projetos de Código do Trabalho, de Código Processual do Trabalho, de Lei de Organização Judiciária, bem como projetos de lei denominados de *Modernização da Legislação do Trabalho*, além da comissão de juristas para atualização e reformulação de nossa precária Consolidação⁴⁰.

3.3.1. Passando pelas Constituições brasileiras

Inicia-se referido tema com as palavras de saudoso jurista AMAURI MASCARO NASCIMENTO⁴¹ sobre o constitucionalismo social:

"Denomina-se constitucionalismo social o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países."

As primeiras Constituições que se ocuparam de institutos trabalhistas foram a Mexicana de 1917 e a Alemã, de Weimar, de 1919 (inspirada no Tratado de Versalhes).

Em terras Tupiniquins, o constitucionalismo social começou com a Constituição de 1824, chamada de *Constituição Política do Império do Brasil*, que, consagrando a filosofia liberal da revolução francesa, apenas assegurou a liberdade de trabalho extinguindo as corporações, mera imitação da Lei *Le Chapellier*.

A primeira Constituição republicana de 1891, igualmente, não reservou espaço às normas trabalhistas, mas tem *marco importante* por assegurar a liberdade de associação e a liberdade profissional. Três meses depois, nem mesmo a doutrina social da Igreja, com a Encíclica *Rerum Novarum*, contaminou a ideia do constituinte, embora estivéssemos em um país católico e fortemente influenciado⁴².

⁴⁰ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 08.

⁴¹ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 31.

⁴² ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada: legislação: doutrina: jurisprudência**. Op. cit., p. 04.

Depois da Revolução de 1930 **todas** as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais dos trabalhadores.

A Constituição de 1934, originária do Governo Provisório, teve a primazia de introduzir um capítulo dedicado à Ordem Econômica e Social.

Segundo ARNALDO SÜSSEKIND⁴³:

"A Constituição de 1934 procurou conciliar filosofias antagônicas emanadas das cartas magnas de Weimar (social-democrata) e dos Estados Unidos da América (liberal-individualista), além de mesclar a representação política resultante de voto direto com a escolhida pelas associações sindicais (representação corporativa). Foi-lhe, por isso, vaticinada vida efêmera, o que aconteceu."

Uma das mais expressivas inovações desta Constituição foi a *limitação da jornada de trabalho* em 08 horas diárias, sendo a primeira a constitucionalizar a norma de proteção ao trabalho excessivo, seguida pelas demais.

Outra expressiva inovação foi a *criação* da Justiça do Trabalho, posteriormente organizada (1939), com a redação de que "*os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, serão dirimidas pela Justiça do Trabalho*", com a instalação da nova Justiça em todo território nacional em 1941⁴⁴.

A Carta Magna de 1937 manteve as conquistas sociais estabelecidas constitucionalmente na anterior. Coloca o trabalho como dever social, assegurando a todos o direito de subsistir mediante seu trabalho honesto, o qual é um bem que o Estado deve proteger.

A Constituição de 1946, votada por Assembleia Constituinte legalmente convocada, retoma as diretrizes democráticas de 1934. ARNALDO SÜSSEKIND⁴⁵ elege como o melhor dos estatutos fundamentais brasileiros.

⁴³ **Direito constitucional do trabalho**. 04ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 34.

⁴⁴ VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 60.

⁴⁵ **Direito constitucional do trabalho**. Op. cit., p. 36.

Além de incluir a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, deixando de ser órgão administrativo, reflete o intervencionismo da legislação trabalhista ao prever que a ordem econômica deverá ser organizada de acordo com os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Consagra também as conquistas sociais estabelecidas na CLT.

No regime militar, instaurado com a Revolução de 1964, é promulgada a Constituição de 1967, sob a justificativa de garantir a harmonia e a solidariedade entre os fatores da produção, bem como a valorização do trabalho humano.

Repete as disposições dos direitos dos trabalhadores da Carta anterior, restringindo, contudo, o direito à greve, com sua proibição nos serviços públicos e nas atividades essenciais.

A atual Constituição Federal de 1988, com o fim do regime militar e redemocratização do País, posiciona o trabalho como parte dos princípios fundamentais da República, ao lado da soberania do Estado e da cidadania, com a valorização e dignidade do trabalhador, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º).

Mantém a jornada de trabalho diária de 08 horas, mas reduz a carga horária semanal para 44 horas, das 48 que eram antes. Em se tratando de turno ininterrupto, a jornada diária de 08 horas foi reduzida para 06 horas. O serviço extraordinário passou a ser remunerado, no mínimo, com um acréscimo de 50% sobre a hora normal⁴⁶.

Os direitos sociais do trabalhador são divididos em: o artigo 7º é relativo às relações individuais e os artigos 8º a 11 são relativos às relações coletivas. A ordem econômica é regulada nos artigos 170 a 192, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, visando à justiça social e fundando-se na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

⁴⁶ "Alice Monteiro de Barros menciona que antes da Constituição de 1988, o adicional de horas extras era de 20% quando houvesse acordo escrito para prorrogação da jornada de trabalho e, na falta deste ajuste, o adicional era de 25%, nos termos da Súmula 215 do Tribunal Superior do Trabalho com redação original de 1985 e foi cancelada somente em 1994." (**Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 522).

4. DA JORNADA DE TRABALHO

Entre as normas que visam à *proteção do trabalho humano*, pode-se afirmar como uma das mais importantes, *data vênia*, sem menosprezar a importância peculiar de todas elas, as que se referem à limitação da jornada de trabalho.

A jornada de trabalho, em conjunto com o salário, ocupam posição de nítido destaque na evolução da história. Para MAURICIO GODINHO DELGADO⁴⁷, "*salário e jornada sempre foram, de fato, os temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento desse ramo especializado do direito*".

O núcleo fundamental do Direito do Trabalho se situa na *relação empregatícia de trabalho*, construindo-se, em torno dessa relação jurídica específica, todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse ramo jurídico⁴⁸.

Do trabalho subordinado emergem obrigações recíprocas que devem ser cumpridas pelas partes contratantes, estabelecendo o seu caráter sinalagmático. ARNALDO SÜSSEKIND⁴⁹ assevera que "*se as duas principais obrigações resultantes da relação de emprego são o trabalho prestado pelo empregado e o salário pago pelo empregador, torna-se evidente a importância do sistema jurídico que impõe limites à duração do trabalho [...]*".

Assim, entre os princípios que se universalizaram visando à proteção do trabalho humano e à dignificação do trabalhador, cumpre destacar os referentes à *limitação do tempo de trabalho*.

Precocemente, destaca-se que o art. 57, CLT, determina a aplicação das normas sobre a duração do trabalho a todas as atividades, privadas ou públicas, para os trabalhadores subordinados a uma relação de emprego, salvo os trabalhadores expressamente excluídos em face de suas peculiaridades.

⁴⁷ **Curso de direito do trabalho**, 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 862.

⁴⁸ *Idem*, p. 86.

⁴⁹ **Direito Constitucional do trabalho**, 4ª ed. (ampl. e atual.), Rio de Janeiro: Renovar: 2010, p. 232.

4.1. Denominação

Sobre a denominação há três expressões tidas como importantes conceitos de reciprocidade, que não são sinônimas e precisam ser diferenciadas, a saber:

- *Duração do trabalho*;
- *Jornada de trabalho*;
- *Horário de trabalho*.

4.1.1. Duração do trabalho

A expressão *duração do trabalho* tem significado mais amplo, que compreende todo o tempo decorrente do contrato de trabalho, não se restringindo exclusivamente ao decurso do tempo de trabalho ou à disponibilidade do empregado em relação ao seu empregador habitualmente.

Destaca-se em três aspectos importantes: a duração diária do trabalho (número de horas diárias de trabalho, intervalo intrajornada e interjornada), a duração semanal (descanso semanal remunerado) e a duração anual (férias).

4.1.2. Jornada de trabalho

A *jornada de trabalho*, que será melhor abordada adiante, é expressão com sentido restrito, pois diz respeito à mensuração diária do horário de trabalho do empregado à disposição do empregador, seja efetivamente trabalhando ou aguardando ordens.

Pode-se separar, atualmente, em dois tipos existentes de jornada: *controladas*, cujo horário de trabalho é definido e sujeito ao controle do empregador; e *não controladas*, sem o efetivo controle do empregador sobre os trabalhadores enquadrados exclusivamente nas hipóteses do artigo 62, CLT.

Antes de 2013 a doutrina de MAURICIO GODINHO DELGADO⁵⁰ estabelecia um terceiro tipo: *jornadas não tipificadas*, para o caso específico dos domésticos. Isso porque a Constituição de 1988 (art. 7º, parágrafo único), bem como a CLT (art. 7º, a) e a Lei 5.859/72, não estabeleciam jornada padrão.

Com o advento da Emenda Constitucional 72, de 02 de abril de 2013, que inseriu o inciso XVIII no parágrafo único do artigo 7º, CF/88, assegurou-se a esta categoria o direito à jornada de trabalho padrão não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

A partir daí, o autor⁵¹ passou a adotar o entendimento da presunção de jornada *controlada* quando o trabalho é exercido na residência do empregador doméstico e presunção de jornada *não controlada* quando exercido em extensões da residência fora da supervisão cotidiana, como no caso de caseiro de casa de campo ou casa de praia.

4.1.3. Horário de trabalho

O horário de trabalho é a fixação do início e do término da jornada diária, em que o empregado presta serviços ao empregador. A expressão também pode abranger o parâmetro semanal de trabalho. Portanto, delimita o início e o fim da jornada diária, com respectivos dias semanais e seus intervalos.

Por exemplo: de segunda à sexta-feira, das 09:00 às 12:00 e das 13:00 às 18:00 horas.

A CLT estabelece algumas normas quanto ao horário de trabalho, como a exigência de publicidade, estipulando a afixação em lugar bem visível no estabelecimento corporativo, bem como deve ser anotado no registro do empregado (art. 74, *caput* e § 1º).

⁵⁰ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 868.

⁵¹ **Curso de direito do trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015, p. 977.

4.2. Conceito

O conceito de jornada de trabalho está ligado à ideia de medida do tempo de trabalho, correspondendo ao período em que o empregado está à disposição do seu empregador, aguardando ou executando ordens.

A expressão *jornada* deriva do italiano *giorno*, que significa dia. Assim, originariamente, o conceito de jornada seria o lapso temporal diário. Portanto, tecnicamente, ao longo da semana, o tempo de serviço deve ser denominado módulo semanal.

Sobre a questão, MAURICIO GODINHO DELGADO⁵² explica:

"Na cultura da língua portuguesa, porém, tem-se, comumente, conferido maior amplitude à expressão, de modo a abranger lapsos temporais mais amplos, como a semana, por exemplo (com o que sealaria, pois, em jornada semanal). Esta extensão semântica é reconhecida pelo legislador (o parágrafo 2º do art. 59 da CLT refere-se, ilustrativamente, '... à soma das jornadas semanais de trabalho previstas...'). A pesquisa jurídica também o atesta: Sadi dal Rosso, nesta linha, esclarece que constitui uma particularidade da língua portuguesa o uso da expressão para designar tempo de trabalho, qualquer que seja a medida de duração."

Sobre a jornada de trabalho pode-se destacar três teorias: a) considera a jornada de trabalho como sinônimo de horas laboradas; b) considera as horas laboradas acrescidas do tempo à disposição, em sentido restrito; c) compreende nas horas laboradas acrescidas do tempo à disposição do empregador, em sentido amplo, pois abrange todas as situações do tempo gasto pelo empregado para ir e retornar do trabalho.

A legislação consolidada brasileira adotou a teoria "b"⁵³ como regra padrão, nos termos do art. 4º, CLT, que estabelece: "*considera-se como de serviço efetivo o*

⁵² **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 867, cita ROSSO, Sadi dal. **Jornada de Trabalho na Sociedade - o castigo de Prometeu**. São Paulo: LTr, 1996, p. 43.

⁵³ Posição adotada também pela doutrina majoritária, por exemplo: Alice Monteiro de Barros (p. 529); Amauri Mascaro Nascimento (p. 929); Arnaldo Süssekind (p. 801); Mauricio Godinho Delgado (p. 869).

período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada".

Em casos especiais, porém, determina o cômputo das horas de deslocamento, caracterizadas como *in itinere*.

Importante lembrar que a Convenção 30, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 1930, considerou já naquela época como jornada de trabalho o tempo à disposição do empregador.

Vejam-se a seguir os critérios das teorias que acima foram tratadas:

4.2.1. Tempo efetivamente trabalhado

A primeira teoria não considera como componentes da jornada de trabalho as paralisações ocorridas durante o tempo em que o empregado está na empresa, mas não está na direta transferência de sua energia ao trabalho, computando apenas o tempo em que o empregado efetivamente está trabalhando.

Portanto, é uma teoria inaceitável pela legislação brasileira, uma vez que, conforme acima citado, o art. 4º, CLT estipula como serviço efetivo o tempo que o empregado também está aguardando ordens. Ainda, outros artigos consolidados consideram certas paralisações como parte da jornada de trabalho, e, portanto, remuneradas, como, por exemplo: art. 72 (10 minutos de repouso nos serviços de mecanografia), artigo 253 (20 minutos de repouso nos serviços em frigoríficos), artigo 298 (15 minutos de repouso nos serviços no interior de minas).

MAURICIO GODINHO DELGADO⁵⁴, ao explicar a tendência desse critério a ser rejeitado, esclarece que *"é evidente que tal critério opera uma necessária assunção, pelo obreiro, de parte significativa do risco empresarial, uma vez que o salário somente seria pago em direta proporção ao real trabalho prestado"*.

⁵⁴ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 869.

Porém, para o autor essa rejeição não é absoluta, afirmando que *"a lei brasileira admite o sistema de cálculo salarial estritamente por peça (respeitado o mínimo legal a cada mês: art. 7º, VII, CF/88; art. 78, CLT), em que se computa o valor do salário segundo o total da produção efetivada pelo trabalhador."*

4.2.2. Tempo à disposição do empregador

A segunda teoria considera como jornada de trabalho o tempo que o empregado estiver à disposição do empregador, no centro de trabalho, aguardando ou executando ordens. Pode ser interpretado como "centro de trabalho" o local onde o trabalhador deve se apresentar após o percurso de sua residência, computando-se a partir de então a sua jornada de trabalho.

Conforme preleciona AMAURI MASCARO NASCIMENTO⁵⁵:

"o critério de tempo à disposição do empregador, no sentido restrito, fundamenta-se na natureza do trabalho do empregado, isto é, na subordinação contratual, de modo que o empregado é remunerado por estar sob a dependência jurídica do empregador e não apenas por que e quando está trabalhando."

A partir do momento em que o trabalhador coloca sua força laborativa à disposição do seu empregador, terá cumprido sua obrigação contratual e, ainda que não haja prestação de serviços esse período deverá ser computado como de serviço efetivo.

Como acima mencionado, foi a teoria adotada pela legislador trabalhista, ratificada expressamente no art. 4º do texto celetista.

Consideram-se computadas à jornada de trabalho, como critério de tempo à disposição, as variações de horário no registro de ponto que excedam o limite máximo de 10 (dez) minutos diários (art. 58, §1º, CLT, e Súmula 366, TST) e também o tempo necessário de deslocamento entre a portaria da empresa e o local de trabalho quando superado o mesmo limite (Súmula 429, TST).

⁵⁵ **Curso de direito do trabalho**. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 929.

4.2.3. Horas in itinere

A terceira teoria considera como jornada de trabalho o tempo à disposição do empregador englobando o tempo gasto pelo empregado no itinerário de sua residência até o local de trabalho e vice-versa (horas de deslocamento).

Esse critério tem sido acolhido como regra geral apenas na legislação previdenciária ao definir o acidente de trabalho (Lei 8.213/1991), *in verbis*:

"Art. 21 – Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei.
(...)
IV – o acidente de trabalho sofrido pelo segurado, ainda que fora do local de trabalho e horário de trabalho.
(...)
d) no percurso da residência para o local de trabalho ou desta para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado."

Contudo, a doutrina e a jurisprudência trabalhista se colocam no sentido de que o tempo de deslocamento de um modo geral não está englobado na jornada de trabalho, ou seja, no tempo à disposição do empregador.

Ao longo do tempo, a jurisprudência foi se posicionando em casos especiais para considerar o tempo de deslocamento como leitura alargadora do tempo à disposição, chamadas de horas *in itinere*.

Inicialmente, este instituto foi referido nas Súmulas 90 (de 1978), 320, 324 e 325 (essas de 1993), do Tribunal Superior do Trabalho, sendo que os enunciados 324 e 325 foram incorporadas à primeira em 2005. No ano de 2001 o legislador editou a Lei 10.243 que incluiu o §2º, no art. 58, CLT, prescrevendo que:

"O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução."

Nota-se que o dispositivo legal sofreu inegável influência da Súmula 90 do TST.

Em princípio essa posição jurisprudencial não foi aceita por ARNALDO SÜSSEKIND⁵⁶, sustentando a ocorrência da ampliação demasiada do art. 4º, CLT. Cita, inclusive, as palavras de Eduardo Gabriel Saad ao advertir que "*no trajeto compreendido entre o ponto de embarque no veículo e a portaria da empresa, não é crível que o empregador esteja transmitindo instruções ao empregado*"⁵⁷. No entanto, após a incorporação no diploma normativo o autor se coloca favorável.

Como o respectivo tempo de deslocamento é aceito pelo Direito do Trabalho somente em casos especiais, a jurisprudência e a lei defiram dois requisitos para tanto: a) *o empregador forneça a condução* e b) *o local de trabalho é de difícil acesso ou não servido por transporte público*.

ALICE MONTEIRO DE BARROS⁵⁸ define que:

"As horas *in itinere* correspondem ao tempo à disposição do empregador, quando a empresa encontra-se fora do perímetro urbano, via de regra, em local de difícil acesso, ou seja, impossível de ser atingido pelo obreiro sem uso de transporte. Por essa razão, as empresas optam pela alternativa de propiciar condução a seus empregados, visando a obter mão de obra pontual e assídua."

Quanto ao trabalhador ser transportado por condução fornecida pelo empregador, entendemos que não cabe a tentativa de afastar a incidência do requisito sob alegação que se trata de outra empresa especializada em transporte quando esta é contratada pelo patrono, nem mesmo que o transporte é realizado por empresa tomadora dos serviços no caso de terceirização, muito menos a existência de onerosidade no transporte.

⁵⁶ **Curso de Direito do Trabalho**. 03ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, ps. 471 e 472.

⁵⁷ VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1, 19 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 807, *apud* SAAD, Eduardo Gabriel. **Suplemento trabalhista**, LTr n. 103/98, p. 484.

⁵⁸ **Curso de direito do trabalho**. 08ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 528.

Quanto ao segundo requisito, cabe destacar a partícula "ou" que traduz no modo alternativo de difícil acesso *ou* que não esteja servido por transporte público. No entanto, a jurisprudência tem formulado duas *presunções relativas* concorrentes, como ensina MAURICIO GODINHO DELGADO⁵⁹: "*presume-se de fácil acesso o local de trabalho situado em espaço urbano; em contrapartida, presume-se de difícil acesso local de trabalho situado em regiões rurais.*".

Importante salientar também que a Lei 7.418/1987, que instituiu o vale transporte, não gerou o cancelamento do entendimento contido na Súmula 90, TST, uma vez que aquele se aplica quando existir transporte público e este na sua ausência, sendo o transporte fornecido pelo empregador.

Outras polêmicas interpretativas foram solucionadas na própria Súmula 90, TST, ao consubstanciar o entendimento de que:

"HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas n°s 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais n°s 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é **computável na jornada de trabalho**.

II - A **incompatibilidade entre os horários** de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere".

III - A mera **insuficiência de transporte público** não enseja o pagamento de horas "in itinere".

IV - Se houver **transporte público regular em parte do trajeto** percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é **considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo**.

⁵⁹ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 872.

Por fim, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/2006) inseriu o §3º no art. 58, CLT, dispondo sobre a possibilidade de fixar um tempo médio de deslocamento em acordo ou convenção coletiva, com o fito de afastar dúvida sobre o real tempo despendido pelo deslocamento.

Assim, pode-se concluir que a jornada de trabalho é o estudo dos critérios básicos destinados a esse fim: *o tempo efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador quando aguarda ordens e o tempo in itinere*.

4.3. Natureza jurídica

A natureza jurídica da jornada de trabalho envolve dois aspectos importantes: o interesse público e o privado.

O interesse público reside no caráter imperativo das disposições legais vigentes relativas à duração do trabalho⁶⁰. Qualquer transação bilateral dos contratantes ou qualquer ajuste coletivo que viole e gere prejuízo ao trabalhador é inválido. Não pode o trabalhador, seja no caráter individual, seja no caráter coletivo, renunciar as vantagens das normas que dizem respeito à jornada de trabalho.

Entretanto, destaca ARNALDO SÜSSEKIND⁶¹ que a imperatividade da lei é atinente ao *limite máximo* da jornada de trabalho, isso porque:

- "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) o acordo coletivo, assim como a convenção, poderá, no respectivo âmbito de incidência, estabelecer limites inferiores ou, nos termos do novo §2º do art. 59 da CLT, ajustar a compensação de jornadas de trabalho;

⁶⁰ VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 797.

⁶¹ **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 801.

c) o contrato individual do trabalho e o regulamento da empresa, cujas normas sobre condições de trabalho aderem àquele, poderão estipular duração normal do trabalho abaixo do parâmetro imposto pelas regras cogentes aplicáveis.

As condições mais favoráveis ao trabalhador prevalecerão sempre, independentemente da hierarquia dos correspondentes atos jurídicos."

Assim, noutro momento, vislumbra-se também a natureza privada dessas normas, no sentido de permitir às partes contratantes fixar jornadas de trabalho inferiores às previstas na legislação trabalhista ou nas normas coletivas.

Assegura ORLANDO GOMES⁶² que "*as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes em tudo quanto não contravenham às disposições de proteção ao trabalho.*"

Cabe esclarecer, novamente, que o objetivo primordial da limitação da jornada de trabalho será sempre o de evitar a fadiga e afastar os trabalhadores da ocorrência de riscos à sua saúde e de acidentes de trabalho.

4.4. Composição da jornada de trabalho

MAURICIO GODINHO DELGADO⁶³ assinala que a jornada de trabalho é composta de um *tronco básico* e de alguns *componentes suplementares*. Explica que o tronco básico é elemento natural do contrato de trabalho, ao passo que os componentes suplementares são elementos acidentais desse contrato.

Para o autor o tronco básico é o lapso temporal situado nos limites do horário de trabalho contratado, qual seja o tempo "efetivo" de trabalho. Os componentes suplementares são todos os demais períodos trabalhados ou apenas à disposição do empregador, como por exemplo as horas extraordinárias, que integram a jornada.

A conclusão é que a *jornada normal de trabalho* é o tempo máximo previsto para a execução da obrigação contratual do empregado na prestação do serviço, o que corresponde na obrigação do empregador em pagar o seu salário, enquanto a *jornada*

⁶² *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 304.

⁶³ *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 877.

extraordinária é aquela que extrapola os limites da duração da jornada normal, quando autorizada pela lei, razão pela qual tem direito o empregado à contraprestação pela energia despendida a mais.

4.4.1. Jornada normal de trabalho

A Constituição Federal de 1988 consagrou no artigo 7º, inciso XIII, a regra referente à duração normal do trabalho em função do dia e da semana. Prescreve que:

"A duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho."

Está, portanto, fixado no texto constitucional o *princípio da jornada normal de trabalho*.

MOZART VICTOR RUSSOMANO⁶⁴, curiosamente, ensina que os operários ingleses cantava em suas passeatas sobre as reivindicações a necessidade da limitação da jornada nos seguintes versos:

"Eight hours to work [Oito horas para trabalhar];
Eight hours to play [Oito horas para jogar];
Eight hours to sleep [Oito horas para dormir];
Eight shillings a day [Oito 'xelins' (moeda) por dia]."

Essa conquista, em território nacional, teve origem constitucional na Carta Magna de 1934, que estipulava a jornada de trabalho padrão de 08 horas diárias, mas naquela época com o módulo semanal de 48 horas.

Uma das inovações da atual Constituição foi a redução do módulo semanal para 44 horas, revogando em parte (derrogação) o art. 58 da CLT que estipulava duração diária de 08 horas e semanal de 48 horas.

⁶⁴ **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17ª ed. atual. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 115.

Assinala ARNALDO SÜSSEKIND⁶⁵, com fulcro no princípio da irredutibilidade salarial consagrado na mesma CF (art. 7º, VI), que "*para os empregados que, à data da vigência da nova Constituição (5.10.88), trabalhavam em regime de 48 horas semanais, a diminuição para 44 horas não acarretou, de direito, a redução dos respectivos salários*".

Assim, tem-se que após a Constituição de 1988 o divisor mensal para fins de apuração do salário-hora é de 220 horas: 44 horas semanais divididas por 6 dias de labor na semana = 7 horas e 20 minutos diários x 30 dias no mês⁶⁶. Observa-se, portanto, que nesse montante mensal já está incluída a fração temporal do repouso semanal remunerado (Lei 605/1949), paralisação como parte da jornada de trabalho.

Destaca-se, novamente, que a imperatividade da norma constitucional regula o limite máximo estatuído para a duração normal de trabalho, nada obstando que condições mais favoráveis ao trabalhador, decorrentes de outras hierarquias de normas do Direito do Trabalho, possam fixar limites menores, as quais prevalecerão.

Neste sentido, a própria norma infraconstitucional estipula módulos especiais de duração do trabalho, regidos por parâmetros distintos do genérico acima anunciado. A adequação dessas normas especiais se dá aos módulos temporais inferiores ao padrão genérico, sendo que quando fixados em patamar superior do diário sua validade somente seria preservada se respeitado o padrão semanal constitucional.

MAURICIO GODINHO DELGADO⁶⁷ leciona que esses módulos especiais dizem respeito a certas categorias profissionais, seja por força de circunstâncias particulares de sua atividade laborativa (empregados de câmaras frigoríficas, por exemplo), seja por força de sua capacidade de organização (bancários, por exemplo). Contudo, em algumas situações, esses módulos são definidos em razão do obreiro, independentemente de sua categoria, por estar inserido numa sistemática especial do

⁶⁵ *Instituições de direito do trabalho*. Op. cit., p. 801.

⁶⁶ CLT, Art. 64 - O salário-hora normal, no caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal correspondente à duração do trabalho, a que se refere o art. 58, por 30 (trinta) vezes o número de horas dessa duração.

⁶⁷ *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 911.

trabalho ou da organização do processo de trabalho (turnos ininterruptos de revezamento, por exemplo).

Neste íterim, importante destacar também o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (OJ 358, SDI-1) que considera lícito o pagamento do piso salarial ou salário mínimo proporcional quando a jornada oriunda do contrato de trabalho é menor que a previsão constitucional, desde que estipulado na admissão. Com exceção, aos trabalhadores da Administração Pública (direta, autárquica e fundacional), havendo necessidade de observância ao valor do salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida.

Neste ponto, vislumbra a *flexibilização da legislação*, ao passo que as partes de comum acordo ou a norma coletiva poderão fixar na contratação a jornada reduzida, respeitando o salário-hora mínimo, mas não, necessariamente, o salário mínimo diário que supõe a jornada de 08 horas.

AMADOR PAES DE ALMEIDA⁶⁸ conclui este raciocínio observando que "[...] *uma vez ajustada tal duração, inadmissível sua alteração por ato unilateral do empregador, e nula será a alteração, ainda com o consentimento do empregado, se dela advém prejuízos a este último - art. 468 da CLT*".

4.4.2. Jornada extraordinária

Conceitua MAURICIO GODINHO DELGADO⁶⁹ que "*jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual*".

A Constituição Federal de 1988 estipulou a "*remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal*" (art. 7º, XVI).

⁶⁸ **CLT comentada: legislação: doutrina: jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70.

⁶⁹ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 921.

O Tribunal Superior do Trabalho sedimentou seu entendimento sobre o cálculo da jornada suplementar por meio da Súmula 264, que orienta o cômputo do valor da hora normal acrescida das verbas salariais mais o referente adicional.

A prorrogação da jornada de trabalho é estabelecida em razão da ultrapassagem da fronteira da jornada padrão. Ela não é estabelecida face ao adicional de horas extras, pois a remuneração acima da normal é apenas um efeito comum da sobrejornada, que na hipótese de compensação pode não ocorrer.

ALICE MONTEIRO DE BARROS⁷⁰ escreve que a doutrina aponta várias correntes a respeito da natureza jurídica da hora extra:

"Há quem a veja como "sobrecarga à hora normal" [Messias Pereira Donato], como um "sobressalário" [Délio Maranhão], ou, ainda, como um instituto híbrido, isto é, a parte alusiva à hora normal tem feição salarial, mas o adicional possui natureza indenizatória [José Martins Catharino]. A tese que prevalece atribui às horas extras a natureza salário."

A natureza jurídica da jornada suplementar sofre séria crítica de ARNALDO SÜSSEKIND⁷¹ ao se posicionar sobre a prevalência da natureza salarial trazida pela antiga Súmula 76 do Tribunal Superior do Trabalho, que afirmava sua integração ao salário quando prestadas horas extraordinárias por mais de dois anos ou desde o início do contrato de trabalho.

Referida posição encontra repúdio, pois incentiva o trabalho extraordinário a se tornar ordinário, uma vez que a integração das horas extras ao salário só poderia acontecer se prestadas por um longo período (mais de dois anos ou desde a admissão do trabalhador), ou seja, a ampliação da jornada padrão era aceita pela mais alta Corte trabalhista de forma permanente e definitiva.

⁷⁰ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 525.

⁷¹ **Direito Constitucional do trabalho.** Op. cit., p. 244.

MOZART VICTOR RUSSOMANO⁷² assevera que *"isto está em desacordo com tudo quanto se tem procurado estabelecer em proveito do trabalhador, para poupá-lo a exaustão física e psicológica."*

Atualmente, a referida Súmula foi substituída pelo enunciado 291 (derivada da interpretação mais plausível da anterior), a qual tem por objetivo impedir a redução dos salários pela supressão das horas suplementares habituais, em face da estabilidade financeira do trabalhador, impondo o pagamento de uma indenização proporcional ao valor da remuneração mensal das horas suplementares suprimidas e o tempo em que perdurou a prorrogação.

Neste ponto, MOZART VICTOR RUSSOMANO⁷³ também assevera que *"ou o ato do empregador que elimina ou reduz o trabalho suplementar é legítimo - e não há indenização a pagar; ou é ilegítimo - e nesse caso a indenização adotada pela jurisprudência moderna da Justiça do Trabalho é uma reparação tibia e tímida do dano sofrido pelo trabalhador."*

4.4.2.1. Espécies de prorrogação da jornada de trabalho

O ordenamento jurídico estabeleceu as regras para que ocorra a derrogação do princípio constitucional da jornada máxima, consideradas verdadeiras exceções.

ALICE MONTEIRO DE BARROS⁷⁴ adverte que nos países desenvolvidos, em regra, o trabalho extraordinário é aceito pela legislação somente quando ocorrerem certas situações, ou seja, um fenômeno inusitado ocasionado por necessidade imperiosa, em geral, imprevisível.

Já a Consolidação das Leis do Trabalho não se limitou a autorizar a prorrogação da jornada de trabalho somente nessa hipótese, mas também nos seguintes preceitos: acordo de prorrogação, sistema de compensação e necessidade imperiosa.

⁷² **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** Op. cit., p. 120.

⁷³ *Idem*, p. 121.

⁷⁴ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 523.

I. O *acordo de prorrogação* é o ajuste fixado no contrato de trabalho de forma bilateral, também coletivo, que objetiva a realização do trabalho além do limite normal da duração, mediante o pagamento das respectivas horas extras, com previsão no art. 59, *caput*, CLT.

O referido artigo limitou o trabalho suplementar em número não excedente de duas horas diárias.

ORLANDO GOMES⁷⁵ assegura que se a prestação do trabalho extraordinário decorre de um documento escrito, o empregado não pode subtrair à exigência para trabalhar em horas excedentes das legais. No entanto, para ALICE MONTEIRO DE BARROS⁷⁶, se a prestação do trabalho sobrejornada não atender aos requisitos legais (acordo entre as partes ou convenção coletiva, limite de duas horas por dia e acréscimo do adicional), a recusa do empregado se torna legítima.

A lei não estipula um limite máximo para a vigência do acordo de prorrogação de horas, sendo possível concluir que possa ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado.

Aqui, ressalta-se o fundamento da crítica exposta acima em decorrência da antiga Súmula 76, TST. Destaca-se, para tanto, a lição de MOZART VICTOR RUSSOMANO⁷⁷ sobre a falta de limitação temporal na legislação brasileira para impedir a habitualidade do serviço extraordinário:

"E estamos certos de que, em face da experiência que a Justiça do Trabalho tem sobre o tema, a reforma do art. 59, mais cedo ou mais tarde, sobrevirá, para que a prorrogação contratada das horas extras fique condicionada a um período máximo de dias em que a prorrogação da jornada pode ser admitida durante o mês ou durante o ano."

⁷⁵ *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 305.

⁷⁶ *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 525.

⁷⁷ *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Op. cit., p. 120 e 121.

Embora parte majoritária da doutrina e da jurisprudência tenha considerado totalmente compatível o sistema de acordo de prorrogação com a Constituição de 1988, há interpretação de sua incompatibilidade com argumentos de que a Carta Magna somente autorizou o regime de prorrogação por compensação e vinculado a fatores efetivamente excepcionais (art. 7º, XIII e XVI).

Outro debate acerca do tema é da compatibilidade constitucional sobre o simples acordo entre empregado e empregador, uma vez que a norma supra não dispôs desse título para o regime de compensação, sendo este figura favorável para o obreiro diferente daquele. Necessita, portanto, de instrumento coletivo. Essa posição também é a minoritária, visto que essa exigência não foi interpretada nem para os casos de compensação, conforme estabeleceria a Constituição.

O acordo de prorrogação, contudo, sofre algumas restrições: os menores só podem trabalhar em jornada prorrogada pelo regime compensatório ou de força maior, até o máximo de 12 horas, (art. 413, CLT); em atividades insalubres a prorrogação só pode valer se também atendida a exigência de autorização prévia do Ministério do Trabalho (art. 60, CLT); já quanto às mulheres, estipulava a permissão somente em casos de necessidade imperiosa (art. 376, CLT), mas com o advento da CF/88, em nome do princípio da isonomia, essa norma não foi recepcionada, tanto que na prorrogação mediante acordo deve ser assegurado o intervalo de 15 minutos que antecede sua sobrejornada (art. 384, CLT), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal⁷⁸.

II. O *regime de compensação*, considerado por MAURICIO GODINHO DELGADO⁷⁹ como mecanismo flexibilizatório das normas trabalhistas, consiste na distribuição das horas que excederam ao limite legal de um dia pelos demais dias da semana ou em outras, podendo ser também anual, com previsão no inciso XIII, art. 7º, CF/88, e disciplinado no § 2º, art. 59, CLT.

⁷⁸ Tribunal Pleno, processo nº RE 658312/SC, Ministro Relator Dias Toffoli, publicado no DJE em 12.12.2014.

⁷⁹ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 884.

Preconiza a legislação que o montante das horas a compensar não pode exceder, no período máximo de um ano, a soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem que seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias (deve-se ater ao limite de duas horas diárias diante das jornadas especiais de algumas categorias profissionais).

Nesse sistema, o acréscimo de salário poderá ser dispensado. Escreveu ORLANDO GOMES⁸⁰ que *"admite-se, assim, uma jornada máxima de trabalho, superior à jornada máxima legal, mediante o jogo das compensações em tempo e não em sobre-salário por horas extraordinárias."*

Contudo, havendo irregularidades no sistema de compensação as horas excedentes da oitava diária deverão ser pagas com o adicional de 50%, pelo fato de a prorrogação não atender aos requisitos legais para este sistema.

Nos termos da Súmula 85, IV, TST, a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Embora a Constituição traga a exigência de validade estar a compensação no bojo da negociação coletiva, o TST consubstanciou na Súmula 85 o entendimento de que o acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário (itens I e II) sendo inadmissível mediante acordo individual tácito, o qual é tido por inválido (item III).

Já o banco de horas necessariamente deverá ser celebrado mediante acordo coletivo (item V).

Nas atividades insalubres, o acordo de compensação de jornada somente terá validade se houver inspeção prévia e permissão da autoridade competente (item VI).

⁸⁰ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 301.

O regime semanal foi previsto para o sábado⁸¹, mas a lei não impede que seja em outro dia da semana. O sistema permite que o excesso de horas de trabalho de um dia seja compensado com a diminuição ou supressão da jornada de trabalho em outro dia da semana, de maneira que não exceda o módulo semanal.

O regime anual foi instituído pela Lei 9.601/1998 (lei que criou o banco de horas) com a condição de necessária previsão em negociação coletiva. Se nesse entretempo ocorrer a rescisão contratual, as horas existentes de compensação deverão ser pagas como horas extras, à luz do § 3º, art. 59, CLT.

Existe ainda a validade da compensação para a chamada *semana espanhola*, a qual se alterna a prestação em 48 horas em uma semana e 40 horas em outra (OJ 323, SDI-1, TST).

III. A *necessidade imperiosa* é mencionada no art. 61, CLT, o qual permite ultrapassar a duração do trabalho legal ou convencionado quando ocorrer: força maior, recuperação das horas de paralisação forçada ou realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos.

Nesta espécie, a legislação trabalhista garante ao empregador o direito unilateral de exigir o trabalho em regime de horas extras (caráter excepcional), devendo comunicar este fato à autoridade competente (Superintendência Regional do Trabalho e Emprego - antiga Delegacia Regional do Trabalho), no prazo de dez dias, ou antes desse prazo, justificando no momento da fiscalização.

A prorrogação por **força maior** é definida no art. 501, CLT, a qual é entendida como acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

Embora não haja expressamente estipulação do limite de prorrogação, deve-se interpretá-lo em consonância com o art. 66, CLT, que assegura ao trabalhador o intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas.

⁸¹ É o caso do *sábado inglês*: onde não há trabalho no estabelecimento no sábado e as horas do dia são distribuídas por todos ou por alguns dias da semana.

Também, embora o § 2º, art. 61, CLT, estabeleça que a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal, hoje o adicional mínimo é assegurado nessa hipótese por força do art. 7º, XVI, CF/88.

A **recuperação de horas** é prevista no §3º, art. 61, CLT, que prescreve a possibilidade de prorrogação da jornada normal de trabalho quando ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização.

Nessa hipótese as horas extras não poderão exceder de duas diárias e por período não superior a 45 dias por ano, consecutivos ou não.

O **serviço inadiável** e a **inexecução que acarrete prejuízo** são aqueles considerados emergenciais, que não poderão ser protelados ou que não possam ser executados em horários predeterminados, sob a inequívoca consequência de perda do resultado útil do trabalho ou seu prejuízo.

O trabalho extraordinário em questão está submetido ao limite de 12 horas diárias, ou melhor, até atingir 04 horas extras, considerando os trabalhadores com a jornada reduzida.

5. OS ALTOS CARGOS

A organização corporativa no sistema de trabalho resulta em uma imprescindível *hierarquia de empregados* em relação a cargos e funções. Assim, surgem as diferenças entre os trabalhadores: uns como detentores de amplos poderes com base na concentração de certas prerrogativas, outros com fidúcia especial em poderes limitados e outros na simples execução de suas atividades.

No ordenamento jurídico trabalhista brasileiro está praticamente definido⁸² que, independentemente do grau de hierarquia, o trabalhador sujeito à subordinação jurídica e reunindo os demais elementos (pessoa física, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade) está ligado a uma *relação jurídica de emprego* sob o manto das normas trabalhistas consolidadas (art. 1º, CLT).

Neste passo, o *conceito legal de empregado* está estampado no *caput* do art. 3º, CLT, que prescreve: "*considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*".

O parágrafo único do referido artigo celetista assegura que "*não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.*".

DÉLIO MARANHÃO⁸³ ressalta que o empregado que exerce cargo de confiança é um empregado como outro qualquer, observando, contudo, que assume especial relevo da proteção legal.

Já na maioria das legislações europeias, os trabalhadores que exercem os altos cargos podem estar entre a prestação civil de serviços (autônomo) e a relação de

⁸² Em certo momento da história, esse enquadramento não foi tão claro na doutrina e na jurisprudência quando se tratava de ocupantes do cargo de Diretor (teoria clássica e teoria moderna), como será a seguir melhor abordado.

⁸³ VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 316.

emprego. ALICE MONTEIRO DE BARROS⁸⁴ define que "o *casuismo* é um ponto de referência importante na hora de proceder à qualificação de uma relação específica."

5.1. Conceito e Características

Altos empregados e empregados subalternos são terminologias trazidas da legislação mexicana. As empresas determinam, também pensando no trilho de um agradável relacionamento entre todos, uma hierarquia contínua que começa com o simples empregado, passa pelo mais qualificado e finda no empregado de alto cargo.

Mario de la Cueva, citado por DÉLIO MARANHÃO⁸⁵, adverte não existir para essa conceituação um critério fixo perfeitamente definido, não sendo possível uma enumeração limitativa dos cargos de confiança.

Nas palavras de ALICE MONTEIRO DE BARROS⁸⁶:

"A doutrina nacional e estrangeira vem **conceituando** como **altos empregados** os ocupantes de cargo de confiança, investidos de mandato que lhes confere poderes de administração para agir em nome do empregador. Situam-se entre eles 'os diretores gerais, administradores, superintendentes, gerentes com amplos poderes e, em síntese, todos os que exercem função diretiva e ocupam um posto de destaque'."

DÉLIO MARANHÃO, como já referido, destaca que o alto empregado assume especial relevo da proteção legislativa. O elemento fiduciário lhe transmite maior autonomia no trabalho, assim a *subordinação jurídica* própria do liame empregatício é atenuada. Por tais motivos, esses empregados recebem da ordem jurídica um tratamento diferenciado com relação aos demais obreiros.

O empregado ocupante de alto cargo é aquele que, mesmo com a subordinação atenuada, não possui plena autonomia própria do empregador (*affectio*

⁸⁴ **Cargo de Confiança - Empregado Ocupante do Cargo: Consequências Práticas de sua Qualificação Jurídica**. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 15.

⁸⁵ **Instituições de direito do trabalho**. Op. cit., p. 316.

⁸⁶ **Curso de direito do trabalho**. 08ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 213 e 214.

societatis) e nem mesmo do trabalhador autônomo, já que não pode esquivar-se das suas obrigações oriundas do contrato de trabalho.

Assinala ORLANDO GOMES⁸⁷ que, entre suas características, estão as de *independência e colaboração* estreita com a direção da empresa:

"A independência material e moral é o primeiro dado que caracteriza a condição do alto-empregado. Eles recebem elevados salários, que também se denominam de ordenados ou vencimentos, e, não raro, dispõem de recursos outros que não são esses. [...] São associados ao poder de direção do empregador. Escolhem processos de fabricação ou métodos comerciais; mantém relações com a clientela e exercitam o poder disciplinar sobre o pessoal."

Também caracteriza o cargo de confiança o exercício de parcela do *poder diretivo*⁸⁸ e da *gestão da empresa*.

O primeiro é originário da dificuldade de o empregador exclusivamente determinar como a atividade deve ser exercida pelo empregado, razão pela qual ocorre a delegação da parcela deste poder. O segundo é oriundo da complexidade para a gestão empresarial eficiente, motivo pelo qual surge a cogestão com a participação do empregado na discussão das diretrizes da empresa (desde simples definição de férias até as questões mais complexas, como as econômicas).

5.2. Ocupantes de Cargo de Gestão ou de Cargo de Confiança

É de supra importância a distinção do cargo de confiança, como gênero, ocupado pelos empregados. Há uma séria confusão do operador do direito em face das conceituações diversas e confusas a respeito (legal, doutrinária e jurisprudencial).

Cabe inicialmente explicar que, conforme a lição de AMAURI MASCARO NASCIMENTO⁸⁹, a denominação *cargo* é dada ao conjunto de atribuições exercidas

⁸⁷ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 91.

⁸⁸ "O poder diretivo representa a faculdade legal, que é concedida ao empregador de comandar a prestação pessoal dos serviços, organizando-a, controlando-a e punindo o trabalhador, se for necessário." JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 07ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 332.

pelo empregado e *funções* são especificamente as atividades que ele executa em decorrência do cargo.

Sobre os empregados diferenciados, MOZART VICTOR RUSSOMANO⁹⁰ assevera que na legislação consolidada há uma ideia de "*confiança progressivamente crescente*", elencada em quatro níveis:

"a) *confiança genérica*, comum a todos os contratos de trabalho, que pressupõem um *minimum* de fidúcia, de parte do empregador; b) *confiança específica*, relativa aos bancários, segundo a exemplificação do §2º, art. 224; c) *confiança estrita* (art. 499); d) *confiança excepcional*, que é aquela que enquadra o gerente no art. 62."

Nesse passo, a **confiança excepcional** é destinada àqueles elencados no art. 62, II, CLT, sendo elementar aos empregados com cargos de gestão que se enquadrem na função de dirigente como *alter ego*⁹¹ do empregador, mediante as características de independência e colaboração com a direção e transmissão de parte do poder diretivo e gestão da empresa.

Importante mencionar que o art. 499, CLT, que faz alusão sobre a falta de estabilidade do cargo de confiança estrita, refere-se a esse tipo de empregado.

Por outro lado, há cargos de fidúcia que sequer existem paralelos com os altos empregados. O **cargo de confiança intermediário** é regressivamente abaixo na escala hierárquica da empresa, na medida que não se confunde com a caracterização do cargo de gestão. Sobre o cargo de confiança bancário, por exemplo, MAURICIO GODINHO DELGADO⁹² ensina que:

⁸⁹ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 664.

⁹⁰ **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Op. cit., p. 138.

⁹¹ "GERENTE, ART. 62, II, DA CLT. Para que fique o gerente excepcionado dos preceitos relativos à duração do trabalho, necessária a inequívoca demonstração de que exerça típicos encargos de gestão, pressupondo esta que o empregado se coloque em posição de verdadeiro substituto do empregador ou "cujo exercício coloque em jogo - como diz Mário de La Cueva - a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança, e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade" (01ª Turma, Ministra Relatora Cnéa Moreira, processo nº RR - 17.988/90.3, publicação 2.686/91).

⁹² **Curso de direito do trabalho**, Op. cit., p. 360.

"os poderes de mando que lhe são exigidos (a lei fala em funções de direção, gerência, chefe e equivalentes) não são, inegavelmente, tão extensos e acentuados [comparado ao cargo de gestão], uma vez que o exercício de chefia atende ao requisito legal (não se exige, necessariamente, chefia do departamento ou filial)."

Cumpra esclarecer que na categoria dos bancários o cargo de confiança é tratado de forma diferenciada pela lei, razão pela qual constitui uma exceção à jornada normal de 06 horas diária ou 30 semanal (art. 224, *caput* e §2º, CLT). Pode-se afirmar a existência do cargo de confiança intermediário em outras atividades/categorias sem que haja tratamento diferenciado, uma vez que a legislação não dispôs assim.

5.2.1 Diretores empregados

Importante classificação deve ser feita aos empregados ocupantes do cargo de direção, pois, nos primórdios da Revolução Industrial, a figura do diretor da fábrica invariavelmente coincidia com a de seu proprietário.

MAURICIO GODINHO DELGADO⁹³ analisa a *evolução* do tema com dois distintos fatores: de um lado a *profissionalização* das direções empresariais e de outro a larga interferência do Estado na economia, resultando em estruturas sob a forma privalística.

Claramente o modelo atual invoca a necessidade de discutir sobre a proteção legal dos diretores empregados. A discussão leva ao caminho de se entabular essa relação como de trabalho ou de emprego.

Partindo da premissa que se trata de diretor contratado pela empresa ou de empregado eleito à essa posição (diferente do sócio diretor), a *vertente clássica* reconhece a relação de trabalho, no sentido do diretor ao ser investido de mandato eletivo (representante legal) não poderia ser empregado simultaneamente.

Nesse sentido, a redação da Súmula 269, TST, se funda na clara noção de incompatibilidade de situações, o que gera a suspensão do contrato de trabalho não

⁹³ **Curso de direito do trabalho**, Op. cit., p. 361.

computando o período como tempo de serviço, exceto se comprovado a existência da efetiva subordinação jurídica.

Já a *vertente moderna* reconhece a relação de emprego, uma vez que não deixará de ter o elemento da subordinação, o qual poderá ser atenuado em razão do exercício das atividades de direção.

OCTAVIO BUENO MAGNO ⁹⁴ sustenta que "*homens de trabalho, subordinados ao conselho de administração que os pode destituir a qualquer tempo, hão de ser necessariamente os diretores classificados como empregados, já que a subordinação é o traço característico do contrato de trabalho.*"

Na esteira dos pensadores intervencionistas, o legislador também teria se referido aos diretores na qualidade de empregados, ao alterar o inciso II, do art. 62, CLT, pela Lei 8.966/1994, quando os equiparam aos exercentes de cargo de gestão.

Brilhantemente, MAURICIO GODINHO DELGADO enfatiza algumas situações peculiares dos diretores que não podem passar despercebidas, pois são elencadas na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/76), mais precisamente no art. 143: a) contratos determinados, com observância de mandatos preestabelecidos de até três anos; b) possibilidade de antecipação da rescisão com cláusula assecuratória do direito recíproco (art. 481, CLT), os quais são regidos pelos critérios de pactos indeterminados (inaplicabilidade das indenizações previstas nos arts. 479 e 480, CLT).

5.2.2 Sócios empregados

Ponderosa distinção deve ser feita também sobre os sócios empregados. Via de regra, os sócios podem ser considerados empregados, pois a pessoa jurídica é uma entidade distinta das pessoas físicas que se associam para formá-la. Como assinala MAURICIO GODINHO DELGADO⁹⁵, "*não há, em princípio, qualquer incompatibilidade*

⁹⁴ **Manual de direito do trabalho**, V. II, 02ª ed., São Paulo: LTr, 1986. p. 117, *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**, Op. cit., p. 361.

⁹⁵ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 365.

entre as figuras do sócio e do empregado, que podem ser encontrar sintetizadas na mesma pessoa física".

Em verdade, nos tipos societários que são de maior recorrência na realidade, como na sociedade anônima e na sociedade limitada, a responsabilidade do sócio se restringe à integralização do valor das ações ou quotas. Deve-se verificar se o número de ações ou o valor das cotas tornam realmente efetiva a participação do sócio no comando da empresa, para ver se o serviço prestado por ele à sociedade será feito em termos subordinados ou, ao contrário, com autonomia.

Em outros tipos societários, o sócio responde pelas obrigações da sociedade, sendo o responsável pela administração e pode ter o seu nome inserido na razão social, cabendo-o representá-la. O seu caráter de empregador é muito intenso, ao ponto de demonstrar a incompatibilidade com o elemento de subordinação. Nesses casos o sócio não pode ser simultaneamente empregado dessa sociedade.

Como exemplos: os sócios da sociedade em nome coletivo (art. 1039, CC); todos os sócios da sociedade em comum, a qual abrange a sociedade de fato e a sociedade irregular (art. 990, CC).

5.3. Exclusão da Proteção da Duração do Trabalho

O empregado ocupante do cargo de gestão só pode ser considerado como especial se comparado com o empregado intermediário (se houver) ou comum, em razão de a legislação trabalhista lhe restringir alguns direitos. Neste ponto, destaca-se sobre o enfoque do presente trabalho, a exclusão desses empregados da jornada padrão de trabalho e, conseqüentemente, de não ter direito a receber pelo trabalho suplementar prestado.

São considerados por ORLANDO GOMES⁹⁶ como *derrogações permanentes* do princípio da limitação da jornada.

⁹⁶ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 302.

Assim preconiza a norma celetista:

"Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo *[Da Duração do Trabalho]*:

[...]

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)."

Como escreve VALENTIN CARRION⁹⁷, "*não se compreendem no regime deste capítulo: ou seja, não têm direito à jornada mínima, nem à remuneração de outras horas, além das normais, e nem de adicional por trabalho extraordinário.*"

O artigo acima destacado sofreu alterações pela Lei 8.966/1994. A antiga alínea b deste preceito dispunha que:

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

Constata-se que a *nova redação* do dispositivo legal manteve o requisito remuneração mais elevada, mas passou a defini-lo objetivamente. Deve existir uma diferenciação salarial entre o cargo de gerente e o cargo efetivo: pelo menos 40% de acréscimo entre o respectivo salário efetivo e o nível condizente com o cargo de gestão⁹⁸.

⁹⁷ **Comentários às Consolidação das Leis do Trabalho**. 36ª ed. atual. por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 907.

Ainda, houve um alargamento do conceito de cargo de gestão, pois a lei equiparou, aos gerentes, os diretores e chefes de departamentos ou filial, cujos poderes dever-se-ão a de tamanha importância na direção da filial ou estabelecimento.

Por fim, o dispositivo legal excluiu gramaticalmente a necessidade de poderes de representação, os quais sinalizam a presença de um poder maior, pois, embora possa haver reservas, em tese, o representante assina pela empresa, assumindo obrigações em nome dela.

Entretanto, entendemos que referida norma, mesmo após a Lei 8.966/94, deve ser **interpretada restritivamente**, exigindo para sua caracterização também o poder de representação, com o fito de comprovar seu exato limite no poder de mando e gestão⁹⁹.

Tem-se, portanto, a caracterização do empregado ocupante do cargo de gestão sempre que acumular dois requisitos: a) **objetivo**: distinção remuneratória do cargo subalterno de, pelo menos, 40%, com gratificação de função, se houver; e b) **subjetivo**: exercer o poder de gestão, caracterizado pela independência; colaboração; exercício da parcela do poder diretivo e gestão da empresa.

A distinção remuneratória também é vista não como requisito objetivo essencial para a caracterização do cargo de gestão, mas com a função de justificar o afastamento do empregado à proteção das normas pertinentes à Duração do Trabalho.

Assim, importante ressaltar que a atribuição do cargo de gestão ao empregado se deve ater às circunstâncias fáticas de pleno exercício dessa função, que

⁹⁹ "A investidura no cargo de gerente e seu exercício, nos moldes do art. 62 da CLT, importa para o empregado restrições de seus direitos trabalhistas. Assim, o cargo de gestão exige para sua caracterização que o empregado esteja munido de 'mandato formal', não meramente tácito, pelo qual se comprovem as atribuições a ele conferidas, e o exato limite de seu poder de mando e gestão de maneira a ser excluído das regras atinentes à duração do trabalho. A regra do art. 62 da CLT, mesmo após a edição da L. 8.966/94, deve, por conseguinte, ser interpretada restritivamente, não havendo falar em mandato tácito." (TST, SBDI, Ministro Relator Rizer de Brito, processo nº E-RR 222.653/95.2, publicado em 04.08.1998)

em alguns casos poderão ser complexas, uma vez que não existe uma linha sutil como separadora de águas, exigindo do julgador uma valorização do conjunto¹⁰⁰.

O empregado que exerce a função eminentemente técnica, ligado à importância na direção especializada em coordenação da atividade de outros empregados, não pode ser caracterizado como cargo de gestão.

Para DÉLIO MARANHÃO¹⁰¹, "*tudo depende da natureza da função, em relação à finalidade do estabelecimento*", pois não se pode confundir o exercício da excepcional fidúcia com o gerente encarregado de função de rotina permanente.

Todavia, como assegura VALENTIN CARRION¹⁰², não se vê distinção entre o gerente administrativo ou industrial: por este ser responsável pela produção não teria confiança menor que aquele por estar fora do campo administrativo com restrita relação com o empregador.

Outrossim, o nome do cargo atribuído ao empregado em nada importa para averiguar o efetivo exercício dessa função. HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA¹⁰³ leciona que:

"A importância jurídica da nomenclatura é nenhuma. O cargo pode estar cercado de pompa e circunstância, com o nome de superintendente, diretor ou vice-presidente para assuntos corporativos, enquanto a prática revela pouco ou nenhum espaço de atuação do empregado, o que significa que ao nome não correspondeu o conteúdo para a configuração do cargo de gestão."

¹⁰⁰ **"CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62 , II, DA CLT . GERENTE. ENCARGO DE GESTÃO.** 1. Caracteriza o cargo de confiança do art. 62 , inciso II da CLT , a outorga de poderes expressivos de representação e/ou gerência ou direção ao empregado, de modo a que possa colocar em xeque os interesses fundamentais da empresa, atuando como -alter ego- do empregador. 2. Submete-se à regência do art. 62 , II da CLT e, assim, não tem direito a horas extras a empregada que, sem sujeição a horário, desfruta de posição diferenciada na estrutura da empresa, mediante a qual promove o gerenciamento de gerentes de contas e administra a carteira de clientes da empresa , com poderes em setor estratégico e remuneração mais de 40% superior ao gerente de contas subordinado e melhor remunerado. 3. Afronta ao art. 62 , II da CLT não reconhecida." (04ª Turma, Ministro Relator João Oreste Dalazen, processo nº AIRR: 1029003220095010054, publicado em 30.08.2013)

¹⁰¹ **Instituições de direito do trabalho.** Op. cit., p. 317.

¹⁰² **Comentários às Consolidação das Leis do Trabalho.** Op. cit., p. 145.

¹⁰³ **Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol 02: Jornadas e Pausas,** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 100.

Nessa esteira, destaca-se também a lição de MAURICIO GODINHO DELGADO¹⁰⁴ ao assegurar que o empregado ocupante de cargo de gestão está tipificado na jornada não controlada, pois está investido de parcela significativa do próprio poder empregatício. Assim, se demonstrado que esse empregado se submete ao estrito controle diário de horário e jornada, mesmo inequivocamente comprovado o exercício do cargo de gestão, será credor de horas extras efetivamente prestadas além da duração normal.

EVARISTO DE MORAES FILHO¹⁰⁵ conclui com dois importantes aspectos sobre a exclusão dos direitos trabalhistas nos incisos do art. 62, CLT: "*1º) a interpretação de ambas há de ser restritiva; 2º) tratando-se de exceção à regra, ainda mais, como as matérias versam sobre registro, o ônus da prova cabe ao empregador, com base no art. 333, II, do CPC e Enunciado da Súmula n. 338 do TST*".

5.4. A (in)Constitucionalidade do Artigo 62 da CLT pela Constituição Federal

O artigo 62 nasceu com a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943. Como exposto, em 1994 a Lei 8.966 alterou a redação da norma legal.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas sejam compatíveis com a Constituição Federal (fruto do poder constituinte), pois ela que direciona o valor do ordenamento jurídico.

A *recepção* da norma acontece quando os atos legislativos ou administrativos são editados antes da Carta Magna (revalidação); *constitucionalidade* é quando essa norma é elaborada supervenientemente. Quando incompatível, tem-se para aquela a revogação e para esta a nulidade.

Sobre o artigo 62, CLT, nota-se que foi editado antes da Constituição de 1988 e na sua promulgação adotaria o critério da (não)recepção dessa norma

¹⁰⁴ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 906 e 907.

¹⁰⁵ **Introdução ao direito do trabalho**. 09ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 482.

infraconstitucional, mas diante da alteração realizada em 1994, hoje, adota-se o critério de aferição sobre a (in)constitucionalidade.

Nessa linha, muito se questiona sobre a inconstitucionalidade do art. 62 da CLT, por ser supostamente contrário às normas e princípios instalados na ordem pública pela Constituição de 1988, pois a norma constitucional ao dispor sobre a duração padrão do trabalho somente permitiu que houvesse a *compensação* ou a *redução*.

A *compatibilidade vertical* foi tema da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho em 2007 no Tribunal Superior do Trabalho, cujo entendimento foi adotado no enunciado 17:

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

Ora, se o fundamento para o nascimento do ordenamento jurídico está ligado à necessidade de regular o comportamento humano para o convívio harmonioso na sociedade, natural o entendimento de que se Constituição mudou é porque mudou a própria realidade.

No entanto, a jurisprudência não tem esse entendimento. As decisões da Corte Trabalhista, acompanhadas dos Tribunais Regionais e dos juízes monocráticos, têm aplicado a exclusão ao direito de limitação da jornada de trabalho àquele que efetivamente exerce o cargo de gestão¹⁰⁶.

¹⁰⁶ **"HORAS EXTRAS. INEXISTÊNCIA DE ATRITO ENTRE O ART. 62 DA CLT E O ART. 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** O art. 62 da CLT foi recepcionado pela atual Carta Magna, pois exceptua circunstâncias de trabalho não sujeitas a horário ou nas quais o controle da jornada se faz impraticável, em presença das quais inexiste obrigação de remunerar como extraordinário o trabalho prestado. Essas disposições, por específicas, não se atritam, mas, ao contrário, complementam a norma genérica do art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República. Recurso de Revista conhecido e provido." (05ª Turma, Ministro Relator Armando de Brito, processo nº RR - 313641-10.1996.5.04.5555, publicado em 20.02.1998)

Trata-se do exame difuso de constitucionalidade. Além de que, a posição pacífica e majoritária deste Tribunal gerou a elaboração da súmula 287 que considera válida, na ordem jurídica atual (nova redação em 2003), a aplicação do art. 62, II, CLT, ao presumir o exercício do cargo de gestão pelo gerente-geral da agência bancária.

6. PROPOSTA DE LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO AOS EMPREGADOS OCUPANTES DE ALTOS CARGOS

Diante da breve exposição sobre a evolução histórica do trabalho e do direito laboral, passando pela jornada de trabalho e chegando aos empregados ocupantes do chamado cargo de gestão, passa-se expor a ideia da necessidade de limitação do tempo de trabalho destinada também a esses trabalhadores.

Claro está que a norma estampada no art. 62, II, CLT, tem intensa aplicação pela jurisprudência, a qual lhe assegura compatibilidade com os princípios constitucionais da Carta de 1988.

O caráter tuitivo do Direito do Trabalho em certas situações, que não deveria sê-lo, acaba se voltando contra os que se pretendia proteger. Em certas ocasiões, tentou o legislador proteger determinados direitos que considerou mais importantes em detrimento de outros.

A *exclusão dos altos cargos* do direito sobre as normas consolidadas que trata o capítulo da *Duração do Trabalho* teve como um dos objetivos a proteção do empresário na ordem econômica do país (sobrevivência da empresa no mercado) elegendo o empregado também como elemento fundamental do negócio, flexibilizando os direitos trabalhistas.

Convém pôr em relevo que o empreendedor tem o dever legal de assumir, por sua conta e risco, os eventuais fracassos do negócio, bem como os custos para mantê-lo (art. 2º, *caput*, CLT). Assim, entendemos que para a *cogestão* na execução da atividade econômica, considerando toda a responsabilidade do cargo, deve-se garantir ao empregado o mínimo de direitos também referentes ao tempo à disposição do empregador.

Como já tratado, esses trabalhadores não deixam de ser empregados que recebem remuneração, por mais que seja diferenciada dos demais funcionários, enquanto o empregador recebe a distribuição dos lucros. Melhor dizendo: para a consecução das atividades, os altos empregados são equiparados aos empregadores,

pois, em face de sua função, têm a seu cargo a marcha e o destino geral da empresa, mas, em contraprestação, não se equiparam aos recebimentos como se sócio fossem.

Entrementes, importante ressaltar que quanto maior o descanso físico e mental deste empregado, maior será sua dedicação, comprometimento e produtividade em prol do negócio, fortalecendo-o para uma lucratividade cada vez mais expressiva e protegendo o empresário para a sobrevivência no mercado competitivo, atendendo, portanto, ao objetivo do legislador

Além de que, "*a justificação da limitação temporal do trabalho do ponto de vista moral está no respeito que deve ter pela dignidade da pessoa humana*", nas palavras de ORLANDO GOMES¹⁰⁷.

Com efeito, entendemos que a limitação da jornada de trabalho aos exercentes do cargo de gestão não visa ao restrito interesse em assegurar proteção somente à pessoa, mas se trata também de interesses da sociedade e do próprio empregador.

Sobre o tema, MOZART VICTOR RUSSOMANO¹⁰⁸ tem a seguinte opinião:

"O interesse não é, apenas, do empregado em ter diminuída a jornada. O interesse é da sociedade, porque assim ele poderá ser um homem, fisicamente, apto para o desempenho de sua missão social. Lucrará, ainda, a coletividade, porque, se o empregado repousar, trabalhará mais, produzindo melhor, enchendo o mercado de produtos abundantes e qualificados. O próprio empresário tem vantagens com isso, visto que a qualidade e, até mesmo, a quantidade de seus produtos lhe propiciam lucros mais apreciáveis."

A limitação da jornada de trabalho tem também como objetivo primordial o de evitar a fadiga e afastar os trabalhadores da ocorrência de riscos à sua saúde e de acidentes de trabalho. Tem-se a compreensão elementar de que *ninguém é de ferro* e de que, após certo tempo de ação, qualquer homem se cansa, trazendo riscos à sua saúde quando a necessidade de produção é superior às próprias forças humanas,

¹⁰⁷ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 296.

¹⁰⁸ **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** Op. cit., p. 112.

gerando efeito na diminuição dos instintivos próprios do ser humano (atenção e reflexos) que aumentam o risco de acidentes.

Vale dizer que, entre os vários preceitos universais de proteção do trabalho humano, têm lugar de relevância os que condizem com a limitação do tempo de trabalho. Essas normas encontram fundamentos:

- "a) de *natureza biológica*, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga;
- b) de *caráter social*, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência com a família;
- c) de *ordem econômica*, porquanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa."¹⁰⁹

Mesmo os altos cargos, sejam eles sócio subordinado, diretor ou demais cargos de gestão, não obstante detentores de parcela dos poderes do empregador e favorecidos pelo acréscimo salarial equivalente ou maior do que 40% do salário efetivo, devem se submeter ao limite da duração normal da jornada de trabalho.

Desta forma, não pode o ordenamento jurídico-trabalhista simplesmente aceitar a exclusão dos empregados ocupantes de cargo de gestão do direito a ter uma jornada de trabalho estabelecida e sequer ter o direito à remuneração de todo o trabalho prestado como meio de ser recompensado pela totalidade da energia despendida a favor do empregador.

Disparate também a assegurar o direito constitucional ao lazer (art. 6º, CF/88), como oportuna a afirmação de GUY ROCHER¹¹⁰ ao dizer que "*já entramos na civilização do lazer*".

¹⁰⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 04ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 232.

¹¹⁰ **Sociologia geral**. trad. Lisboa, Ed. Presença, v.3, p. 100, apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 930.

6.1. Formas de Interpretação do art. 62, II, CLT

OLAVO BILAC¹¹¹ afirma que *"a sociedade não pode sujeitar-se ao império de uma lei absurda, somente porque ela é uma lei"*.

A função do Direito do Trabalho coloca o caráter teleológico no mais alto grau, ao ponto do valor finalístico, que incorpora no conjunto de seus princípios, regras e institutos, consistir na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*.

Tecendo comentário acerca do tema, MAURICIO GODINHO DELGADO¹¹² assegura que na ausência de tal valor e direção finalística, *"o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea"*.

Considerando que *"todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal"*¹¹³, a limitação da jornada de trabalho dos altos cargos advém da interpretação do art. 62, II, CLT, com severa observância ao princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Sobre a questão, brilhantes são as palavras de MAURICIO GODINHO DELGADO¹¹⁴:

"Essa aparência de falta de limites não pode, é claro, conduzir a absurdos: nenhum valor econômico suplanta a *dignidade da pessoa humana*, princípio máximo da ordem jurídica do país. Assim, a sobrejornada não pode extremar-se, atingindo aquilo que resulte em desrespeito à sensatez, à racionalidade, à razoabilidade e proporcionalidade, além do próprio respeito à higidez física e mental do prestador de serviços. Há limites, portanto, a esse tipo de sobretrabalho, conferidos por uma conjugação lógica de princípios gerais do Direito, inclusive, da Constituição."

¹¹¹ Site Migalhas: <www.migalhas.com.br/mig_amanhecidas> Informativo publicado em 14.06.2013, acessado em 21.09.2016 às 22h00.

¹¹² **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 58.

¹¹³ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 36ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48.

¹¹⁴ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 929.

Seguindo esse raciocínio, a interpretação jurídica visa alcançar um **sentido válido** na decidibilidade de conflitos. Como leva a lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR¹¹⁵:

"O que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um *sentido* válido não meramente para o texto normativo, mas para a *comunicação normativa*, que manifesta uma relação de autoridade. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa, dentro da comunicação, como um dever-ser vinculante para o agir humano. Na identificação ou reconstrução dessa diretiva, desse haver, há sempre a potencialidade de erupção da questão sobre a legitimidade desse sentido (comunicação e, portanto, da própria relação de autoridade) como justo, o que leva à questão: o que é justo?"

Destarte, a exclusão dos trabalhadores ao direitos de horas extras, a que alude o art. 62, II, CLT, os submetem à falta de limites do tempo em que estão à disposição de seu empregador, em total contrassenso ao princípio da dignidade da pessoa e todos os demais de caráter social, como os que visam à proteção da existência do trabalhador, por exemplo ao lazer e à duração normal do trabalho.

Por essa razão, principalmente no sentido da busca pelo justo, a proposta de limitação da jornada de trabalho aos empregados ocupantes dos altos cargos ganha impulso sob o prisma da interpretação desse artigo nos seguintes métodos hermenêuticos:

6.1.1. Interpretação histórica e evolutiva

A interpretação histórica é uma técnica hermenêutica de buscar a formação social da norma e não vê-la apenas como uma livre criação do legislador, baseando nos critérios lógicos e teleológicos.

¹¹⁵ **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 06ª ed., 04ª reimpr., São Paulo: Atlas, 2012, p. 221 e 222.

MIGUEL REALE¹¹⁶ assinala que *"uma lei nasce obedecendo certos ditames, a determinas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável."*

Nesse passo, o art. 62, II, CLT, precisa ser interpretado com outra finalidade que se exige no século XXI. A adaptação da norma à sua realidade social é prescrita no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *"na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."*

A exclusão dos altos cargos aos direitos que preconizam sobre as normas de *Duração do Trabalho* conduz à permissão legal¹¹⁷ da exploração do trabalho humano e esse significado não pode mais permanecer nos dias atuais.

Essa situação assemelha-se às condições liberais travadas na Revolução Francesa, que atingiram um ponto culminante com a publicação do Código Civil de Napoleão, conduzindo os trabalhadores à beira de sua degradação. Insta-nos lembrar que essas circunstâncias os levaram à submissão de jornadas extremamente longas e cansativas, o que provocou a formação da chamada *consciência de classe*, propiciando a necessidade de uma legislação de proteção e de tutela dos mais fracos com a limitação do tempo de trabalho.

A falta de limitação da jornada de trabalho dos empregados ocupantes de altos cargos lhes condicionam à margem do desgaste físico e mental ao longo do tempo,

¹¹⁶ **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 282.

¹¹⁷ Disposição do art. 62, II, CLT, cuja interpretação literal-gramatical é feita pelo Poder Judiciário na aplicação aos casos em concretos, exemplos: "**GERENTE. EXCLUSÃO DA OBSERVAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.** Consoante dispõe o art. 62, inciso II da CLT, o regime de observação de jornada máxima não se aplica aos gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, e aos diretores e chefes de departamento ou filial." (TRT06, 01ª Turma, Desembargador Relator Marcílio Florêncio Mota, processo nº RO 0035500-14.2008.5.06.0016, publicado em 22.08.2009); "**CARGO DE CONFIANÇA – CARACTERIZAÇÃO – REGIME DE DURAÇÃO DO TRABALHO – EXCLUSÃO.** Havendo prova da outorga de poderes de mando e gestão a empregado que chefiava a área de recursos humanos de filial da empresa reclamada, impõe-se a aplicação do inciso II do artigo 62 da CLT, até porque observado o disposto no seu parágrafo único." (TRT06, 02ª Turma, Desembargador Relator Fernando Cabral de Andrade Filho, processo nº RO 0202400-97.2008.5.06.0141, publicado em 18.10.2010)

uma vez que seu tempo à disposição do empregador é infindável. MAURICIO GODINHO DELGADO¹¹⁸ leciona que:

"A pactuação de horas suplementares à jornada padrão, que extenue o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses, cria riscos adicionais inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de medicina, higiene e segurança no trabalho (contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7, XXII, CF)."

Com efeito, nos tempos atuais, muitas são as discussões das inevitáveis jornadas de trabalho excessivamente extensas como fator de precarização das condições de trabalho e como violação dos direitos relativos à existência do trabalhador, o que leva a voltar no tempo (Estado Liberal e Revolução Industrial) para ter uma *compreensão progressiva* da necessidade de limitação da jornada de trabalho também aos altos empregados ocupantes de cargo de gestão.

6.1.2. Interpretação lógica e sistemática

A interpretação sistemática é outra técnica hermenêutica. Ela impõe o raciocínio lógico de um dispositivo com os demais, assegurando que seu valor depende de todo o ordenamento que o rodeia, sempre lhe situando no conjunto do sistema. Portanto, é a compreensão de um preceito em sua correspondência com todos os que com ele se articulam logicamente.

MIGUEL REALE¹¹⁹ indica que *"toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, pelo exame imparcial do texto"*.

O ordenamento jurídico impõe a necessidade de limitação da jornada de trabalho. O Tratado de Versalhes, de 1919, foi um acordo de paz que encerrou a primeira guerra mundial, o qual dispôs sobre a melhoria das condições de trabalho se

¹¹⁸ **Curso de direito do trabalho**. Op. cit., p. 894.

¹¹⁹ **Lições preliminares de direito**. Op. cit., p. 279.

referindo também à regulamentação das horas de trabalho e à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho.

A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, aprovada na Assembleia Geral da ONU, preconiza em seu art. 24 que *"toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas"*. Referida norma internacional é fonte do Direito do Trabalho, uma vez que o Brasil a assinou na mesma data de sua adoção e proclamação, sendo imperiosa a aplicação imediata com *status* constitucional, à luz do art. 5º, §1º e 2º, CF.

Neste diapasão, diante de toda a trajetória constitucional, a começar pela de 1934, a Carta Magna de 1988 que vigora nos dias atuais estabeleceu, em seu art. 7º, XIII, *"a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais"*.

A norma infraconstitucional, por sua vez, já estabelecia a limitação da jornada de trabalho, destacando-se como tronco básico o preceito do art. 58, CLT de 1943, que assegura a *"duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias"*.

O componente suplementar à jornada padrão foi estabelecido pela Consolidação em seu art. 59, que assevera que a *"duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas)"*.

O sistema jurídico brasileiro, ao prescrever sobre a duração da jornada normal de trabalho e o número máximo da jornada suplementar, estabelece uma tolerância em que o empregado pode ficar à disposição do empregador em nome de sua dignificação, qual seja de *dez horas por dia*.

Com efeito, é difícil contestar que o lazer, as atividades culturais, religiosas e familiares são inevitavelmente restringidas por uma jornada de trabalho excessivamente extensa, razão pela qual é possível afirmar que o empregado é protegido sistematicamente por uma jornada nunca superior a dez horas diárias (tronco básico e suplementar).

Em decorrência lógica e jurídica, pode-se afirmar que os ocupantes dos altos cargos na figura de empregados, e pela natureza de sua condição excepcional, estão submetidos ao tempo máximo tolerável de trabalho, diante de uma jornada normal fixada em dez horas diárias.

6.2. A situação da distinção remuneratória

Para caracterizar o empregado como ocupante de cargo de gestão é necessário preencher, além do requisito subjetivo, o requisito objetivo nos termos do art. 62, parágrafo único, CLT, qual seja a distinção remuneratória do cargo subalterno de, pelo menos, 40%, com gratificação de função, se houver.

Com a limitação da jornada de trabalho dos altos cargos em dez horas diárias, a distinção remuneratória legal terá a função de contraprestação das duas horas que excedem as oito horas diárias (referente ao princípio da jornada normal de trabalho), quais sejam as nonas e décimas horas.

De toda sorte, não verificando o correto pagamento da distinção remuneratória, ao empregado ocupante do cargo de gestão serão devidas as nonas e décimas horas como extras (interpretação analógica do entendimento consubstanciado pelo TST ao bancário, Súmula 102, II e III).

7. CONCLUSÃO

A interpretação do art. 62, II, CLT, como excludente dos altos cargos ao capítulo da *Duração do Trabalho*, e com isso a falta de limitação da jornada de trabalho afastando o pagamento de horas extraordinárias, estimula novas dimensões de prevaricação do trabalho.

A norma trabalhista vem sendo utilizada como mecanismo jurídico para a exploração do trabalho humano, uma vez que é de plena aplicação pelos Tribunais Trabalhistas, que ratificam sua constitucionalidade com essa essência.

Nesse ponto, insurge a busca pelo *mecanismo hermenêutico* com vista a alcançar um sentido válido a essa norma, considerando preliminarmente que os ocupantes de cargo de gestão são definidos, pela legislação, jurisprudência e doutrina, como empregados e, portanto, submetidos aos requisitos da relação empregatícia, em especial ao da subordinação ao seu empregador.

Justificar-se-ia a exclusão dos direitos pertinentes à duração do trabalho caso esse tipo de empregado concorresse para os lucros ou prejuízos da empresa, assumindo assim os riscos do negócio, mas aí ele seria sócio do empreendimento e não empregado. Até porque o art. 63, CLT, de sofrível redação, não dispõe nenhuma diferença de tratamento com relação às horas extras ao empregado assalariado, comissionado ou detentores de distribuição dos lucros e resultados.

Os altos cargos são aqueles que, em síntese, congregam o binômio poder de mando e poder de gestão, característicos na autonomia de contratação e dispensa de empregados, nas relações comerciais em qualquer setor de atuação da empresa, entre outros, ou seja, é preciso ter a seu cargo a marcha para definir as diretrizes empresariais. A autonomia se refere pela falta de consulta prévia ao empregador, respeitando para a consecução da sua função apenas as diretrizes básicas da empresa, como o número de empregados, contenções de gastos e projetos de crescimento.

Em decorrência de sua independência na execução das atividades, uma vez que acima dele somente o empregador, tem a subordinação menos intensa, razão pela

qual sua condição é diferenciada dos demais empregados. Outrossim, pelo exercício de uma parcela de responsabilidade maior que os outros, deverá receber como distinção remuneratória o montante superior a 40% do salário do cargo efetivo.

Nesta perspectiva, a *proposta de limitação da jornada de trabalho* deve considerar um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja de tratar os iguais de forma igual e tratar de forma desigual aqueles que estão em situações desiguais, na medida da sua desigualdade.

Logo, importante distinção deve ser feita em nome da precisão científica do *cargo de confiança*, pois a naturalidade da confusão se dá face às conceituações diversas e confusas a respeito. A *confiança genérica* é aquela presente em todas as relações jurídicas, depositada pelo empregador ao empregado por mais humilde que seja sua atividade e de menores responsabilidades; a *confiança intermediária* é aquela que sobrepõe a anterior, pois suas circunstâncias nas atividades desenvolvidas são providas de uma confiança especial (paralelo com a realidade dos bancários); a *confiança excepcional* está acima de todas elas, dotada de maiores encargos e responsabilidades, atribuída aos altos cargos.

O empregado esculpido no art. 62, II, CLT, é, exclusivamente, o detentor de fidúcia excepcional, sendo este o destinatário da ideia da proposta de limitação da jornada de trabalho.

Em face do contexto histórico, a Revolução Industrial foi o grande marco para o surgimento do direito protetivo ao trabalhador, sendo que as primeiras leis de proteção aos trabalhadores foram exatamente as que se destinaram a limitar a duração da jornada de trabalho. Aliás, a liberdade proclamada pela Revolução Francesa levou o homem a sujeitar sua espécie à beira da degradação, pois trabalhava em extensa jornada e em condições subumanas por consequência dessa ampla liberdade contratual, que resultou na chamada *formação da consciência de classe* com o proletariado reivindicando pela necessidade de proteção.

Assinala-se que a falta de limitação da jornada de trabalho aos empregados ocupantes de altos cargos se assemelha muito com essa época, visto que a liberdade

como permissão legal (art. 62, II, CLT) gera o proveito do empregador em obrigar a realização do trabalho em jornadas excessivamente extensas sem se preocupar com a necessidade de contraprestação pela energia despendida, resultante na exploração do trabalho humano e na precariedade das condições laborais.

Principalmente, a exclusão legal viola direitos fundamentais desse trabalhador como sua dignidade e o tempo disponível para a existência social. Possibilita que a vida do trabalhador seja cada vez mais invadida.

Neste passo, a limitação da jornada de trabalho encontra fundamentos de caráter social, propiciando o trabalhador ao convívio familiar e em atividades recreativas; de caráter biológico, uma vez que elimina ou reduz os problemas de saúde oriundos do cansaço; e de caráter econômico, por restringir o desemprego e aumentar sua produtividade.

O ordenamento jurídico também impõe a necessidade de limitação da jornada de trabalho. Assim, foi trazido pela primeira vez no Tratado de Versalhes em 1919, com caráter internacional, o princípio da jornada normal de trabalho de 08 horas diárias. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabeleceu o direito da pessoa à limitação razoável de horas de trabalho.

A Constituição Federal de 1988, que seguiu a previsão contida desde a de 1934, materializa o princípio da jornada normal de trabalho estabelecendo a duração não superior a 08 horas diárias e 44 semanais (reduzindo a previsão de 48 horas semanais anterior).

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu também a limitação do trabalho em 08 horas por dia (art. 58). Destaca a importância da norma infraconstitucional para a limitação do trabalho suplementar em até 02 horas diárias (art. 59).

Da análise do ordenamento jurídico conclui-se que a jornada normal de trabalho não deverá ser superior a 08 horas diárias ou 44 semanais e a jornada máxima de trabalho, computando-se o componente suplementar, deverá ser limitada a 10 horas

por dia, estabelecendo, assim, o limite máximo de tolerância do empregado à disposição de seu empregador.

A ideia de limitação da jornada de trabalho aos altos cargos se embasa na utilização de métodos hermenêuticos para interpretar o art. 62, II, CLT, levando em consideração a utilização desse dispositivo como mecanismo autorizador de jornadas extensas, a ponto de evitar a exploração do trabalho humano e a sua prevaricação, mas observa a sua situação diferenciada dos demais trabalhadores.

Diante das interpretações histórica/evolutiva e lógica/sistemática, a proposta versa em limitar a duração do trabalho dos empregados ocupantes do cargo de gestão propondo a jornada normal de trabalho não superior a 10 horas diárias, tempo máximo tolerável pela legislação. A distinção remuneratória servirá para remunerar as horas de trabalho excedentes da oitava.

À evidência, terão direito ao recebimento das horas extras mediante a comprovação do trabalho suplementar que exceda ao limite de dez horas por dia, respeitando o adicional mínimo previsto no art. 7º, XVI, CF/88, uma vez que o recebimento dessas horas decorre "*do fato de ter proporcionado à outra parte um proveito que, não sendo, compensado, representa para quem recebeu um enriquecimento sem causa, vantagem ilícita*", como leva a lição de ORLANDO GOMES¹²⁰.

Ademais, a possível alegação de inexistência de pagamento das horas prestadas além do limite tolerável por serem *contra legem* não poderá prosperar, uma vez que o direito ao recebimento das horas suplementares não decorre do ato ilícito, mas da compensação pelo proveito praticado ao empregador.

¹²⁰ **Curso de direito do trabalho.** Op. cit., p. 304.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada: legislação: doutrina: jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Tradução de C. A. Barata Silva, em colaboração com Darci Rodrigues de Oliveira Santana. 04ª ed. rev., São Paulo: LTr, 1984.

BARROS, Alice Monteiro de. **Cargo de Confiança - Empregado Ocupante do Cargo: Consequências Práticas de sua Qualificação Jurídica**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

CARRION, Valentin. **Comentários às Consolidação das Leis do Trabalho**. 36ª ed. atual. por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 04ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 11ª ed., São Paulo: LTr, 2012.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 03 ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação***. 06ª ed., 04ª reimpr., São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. ***Curso de direito do trabalho***. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. ***Direito do Trabalho***. 07ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. ***Direito do trabalho***. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES FILHO, Evaristo de. ***Introdução ao direito do trabalho***. 09ª ed., São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Curso de direito do trabalho***. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. ***Iniciação ao direito do trabalho***. 32ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

SILVA, Homero Batista Mateus da. ***Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol 02: Jornadas e Pausas***, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SILVA, José Afonso da. ***Curso de direito constitucional positivo***, 36ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2013.

NUNES, Rizatto. ***Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese***. 09ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17ª ed. atual. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 06ª ed, Curitiba: Juruá, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 04ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 03ª ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; LIMA, Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. 19 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.