

Proteção à limitação do tempo de trabalho dos altos empregados

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Doutora em Direito pela PUC Minas. Coordenadora de Pesquisa e Professora de Direito do Centro de Ensino Superior de Vitória (Cesv). Advogada.

Horácio Aguilar da Silva Ávila Ferreira

Bacharelado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Vitória (CESV).

Sumário: Introdução – **1** A limitação do tempo de trabalho – **2** A exclusão dos altos empregados do limite da jornada de trabalho – **3** A inconstitucionalidade do art. 62, inciso II, da CLT – Conclusão – Referências

Introdução

O presente artigo visa demonstrar que a fixação do limite jurídico da jornada de trabalho pelo Direito do Trabalho brasileiro visa a garantir a proteção à saúde física, psíquica e social do trabalhador. O trabalho, enquanto espaço de construção do bem-estar e da dignificação das condições de labor, considera o homem o valor primeiro a ser preservado perante os meios de produção e não como uma máquina produtora de bens e de serviços. Sob tal prisma, a proteção à saúde não se limita apenas à ausência de doença ou de enfermidade, abrangendo, também, um completo estado de bem-estar físico, mental e social do trabalhador, respeitando o conceito mais completo de saúde, estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Assim sendo, no tocante ao direito de se desligar do trabalho ou, propriamente, ao tempo livre e ao lazer, o art. 6º da Carta Magna, ao estabelecê-lo como direito social, garante ao trabalhador uma vida com mais dignidade e liberdade, pois lhe assegura a proteção à sua integridade social (*acesso ao direito à integração social*). Ao que se opõe frontalmente artigo proposto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Portanto, segue-se, aqui, o entendimento de que o art. 62, inciso II da CLT, é inconstitucional, pois o texto consolidado não pode colidir com o art. 7º, inciso XIII, da CF/88.

1 A limitação do tempo de trabalho

Concorde magistério de Maurício Godinho Delgado, jornada de trabalho compreende

o lapso temporal em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato; correspondendo à medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula.¹

Desse modo, o período considerado no conceito de jornada corresponde ao lapso temporal diário, em face de o verbete, em sua origem, referir-se à noção de dia (por exemplo, no italiano: *giorno – giornata*; e, no francês: *jour – journée*). Jornada, assim, segundo Maurício Godinho Delgado, “traduz, no sentido original (e rigoroso, tecnicamente), o lapso temporal diário em que o obreiro tem de se colocar à disposição do empregador em virtude do contrato laboral.”²

Imperioso observar que, embora a jornada de trabalho se refira ao tempo em que se considera o empregado contratualmente à disposição do empregador em um dia, o avanço do Direito do Trabalho tem produzido a inserção de certos curtos períodos de intervalos intrajornadas dentro do conceito de jornada, como forma de remunerar tais curtos períodos e, ao mesmo tempo, de reduzir o tempo de efetiva exposição e de contato do trabalhador em relação à atividade contratada. Por essa razão se afirma que, no lapso temporal da jornada, deve incluir-se, também, não só o tempo trabalhado e à disposição, mas ainda o tempo tido como contratual estritamente por imposição legal (caso dos intervalos remunerados), embora, neste último lapso, o empregado não labore nem sequer fique à disposição empresarial.³

De acordo com Maurício Godinho Delgado, a jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato, que corresponde ao tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela, mensura-se, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. Sob tal aspecto, é a jornada a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados).⁴

No tocante à limitação jurídica da jornada de trabalho, reza o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social — 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.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 900.

² Id., p. 906.

³ Id., p. 899.

⁴ Id., p. 900.

De tal modo, a fixação do limite jurídico da jornada de trabalho pelo Direito do Trabalho brasileiro visa garantir a proteção à saúde física, psíquica e social do trabalhador. Assim sendo, o trabalho, enquanto espaço de construção do bem-estar e da dignificação das condições de labor, considera o homem o valor primeiro a ser preservado perante os meios de produção e não como uma máquina produtora de bens e de serviços. Sob tal prisma, a proteção à saúde não se limita apenas à ausência de doença ou de enfermidade, abrangendo, também, um completo estado de bem-estar físico, mental e social do trabalhador, respeitando o conceito mais completo de saúde, estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A OMS, por meio do relatório de sua 8ª Conferência, prevê diversas condições, como: alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego etc.⁵ Portanto, diante do estabelecido pela OMS, o conceito de saúde “deixou de ser apenas a ausência de doenças para representar o completo bem-estar físico, mental e social.”⁶

Neste sentido, desenvolvimento econômico deve caminhar aliado à ideia de humanização do trabalho em condições de segurança, higiene e saúde *física, mental e social* do trabalhador.

Sobre o referido aspecto, Jorge Luiz Souto Maior ensina que a defesa ao não trabalho não deve ser vista no sentido de não trabalhar completamente e, sim, no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial essa preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características do mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.⁷

Na mesma toada, Maurício Godinho Delgado leciona que as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais consideradas, necessariamente, normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e de segurança laborais, assumindo o caráter de normas de saúde pública. De tal maneira, “a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e de segurança do trabalho adotadas na empresa”.⁸

Ainda conforme Maurício Godinho Delgado, do mesmo modo que a ampliação da jornada acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças

⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Princípios fundamentais de direito ambiental do trabalho. *Revista Fórum Trabalhista*, Belo Horizonte, n.12, maio/jun., 2014, p. 86.

⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 109.

⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, 2006, p. 98.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 902.

profissionais ou de acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, as probabilidades da infortúnica do trabalho.⁹

Assim sendo, no tocante ao direito de se desligar do trabalho ou, propriamente, ao tempo livre e ao lazer, o art. 6º da Carta Magna, ao estabelecê-lo como direito social, garante ao trabalhador uma vida com mais dignidade e liberdade, pois lhe assegura a proteção à sua integridade social (*acesso ao direito à integração social*).

Segundo Paulo Eduardo V. de Oliveira, o direito à integração social — espécie de direito da personalidade — significa:

O direito de ser essencialmente político e essencialmente social, tendo em vista que a pessoa humana tem direito ao convívio familiar, ao convívio com grupos intermediários existentes entre o indivíduo e o Estado, com grupos a que se associa pelas mais diversas razões (recreação, defesa de interesses corporativos, convicção religiosa, opção político-partidária etc.), direito do exercício da cidadania (esta tomada no sentido estrito — *status* ligado ao regime político — e no sentido lato — direito de usufruir todos os bens de que a sociedade dispõe ou de que deve dispor para todos e não só para eupátridas, tais como: educação escolar nos diversos níveis, seguridade social (saúde pública, da previdência ou da assistência social)).¹⁰

Verifica-se, portanto, o lazer, como um bem essencial do ser humano, que possui o objetivo de proporcionar a recuperação da energia física e mental gasta no trabalho, visando ao atingimento do completo bem-estar do trabalhador e ao indispensável equilíbrio de sua saúde física, mental e social.

Por esta razão, Otávio Calvet, com base no direito social ao lazer, defende a limitação do tempo de trabalho dos altos empregados:

Assim, a dimensão objetiva do lazer, atuando na reinterpretação dessa norma infraconstitucional, revela que também os altos empregados devem dispor desse direito social, que no mais das vezes é exercitado nos períodos de tempo livre, donde se conclui ser inconstitucional a simples exclusão da duração do trabalho para tais empregados.¹¹

Ademais, a submissão do trabalhador a exaustivo regime de trabalho culmina com a formação do dano ao seu projeto de vida e à sua existência, pois lhe priva de tempo para o lazer, para a família e para o próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode, também, resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.¹²

⁹ Id., p. 902.

¹⁰ OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 30.

¹¹ CALVET, Otávio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: LTr, 2006, p. 92.

¹² BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial no direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; TEIXEIRA, Érica Fernandes (Orgs.) *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 184.

Constata-se, portanto, o lazer como um bem essencial do ser humano, com objetivo de proporcionar a recuperação da energia física e mental gasta no trabalho, visando ao atingimento do completo bem-estar do trabalhador e ao indispensável equilíbrio de sua saúde física, mental e social.

O direito social ao lazer ou ao tempo livre permite ao trabalhador desfrutar tudo o que não esteja relacionado ao trabalho produtivo, como o convívio familiar e o exercício de atividades físicas, artísticas, intelectuais e culturais; associativas, turísticas e de entretenimento; e toda e qualquer atividade social recreativa que possibilite interação e convivência social com vistas ao seu desenvolvimento psicológico, social, pessoal e à recomposição de suas energias físicas e mentais.

Sobre a temática, ensina Alexandre Lunardi que os referidos direitos “só podem ser exercidos plenamente, naquele período de tempo em que o indivíduo está desvinculado da produção de capital, isto é, no seu tempo de lazer.”¹³

A se manter a consonância com Alexandre Lunardi, o lazer assegura ao indivíduo o seu desenvolvimento social e individual. Por meio, então, do direito ao lazer, busca-se a própria existência de um espaço de tempo livre na vida do indivíduo, mas não só. Preocupa-se com a qualidade da utilização deste tempo livre, tanto no aspecto social, no qual se tem a função cultural do lazer, quanto no plano individual, no qual se busca a garantia do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Razão pela qual, o autor assinala que somente dessa forma o direito ao lazer pode atender ao princípio constitucional que determina como função do Estado assegurar a dignidade da pessoa humana.¹⁴

Observa-se, assim, que as diversas potencialidades humanas podem ser estimuladas por meio da prática do lazer, gerando, por consequência, a efetivação de outro direito que possui conexão imediata com o lazer, qual seja: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ainda consoante o autor em tela, “os fundamentos que asseguram a limitação do tempo de trabalho são os mesmos que justificam a proteção do direito ao lazer”. Por isso, Arnaldo Sussekind citado por Alexandre Lunardi, assegura que os fundamentos da limitação do tempo de trabalho possuem natureza biológica, social e econômica, veja-se: a) natureza biológica, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga; b) 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, porque restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa.¹⁵

¹³ LUNARDI, Alexandre. *Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 31.

¹⁴ LUNARDI, Alexandre. *Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 18-19.

¹⁵ Id., p. 94.

Desse modo, a limitação do tempo de trabalho estabelecido na Constituição Federal de 1988 possui o objetivo de reduzir a carga de trabalho do empregado a fim de proporcionar-lhe melhores condições de saúde, ao promover-lhe um bom período de descanso e maiores interações sociais, o que, para o empregador, não deixa de ser vantajoso, uma vez que seu empregado ficará satisfeito e disposto a produzir mais.

Em azado magistério de Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo:

É preciso reconhecer que a sociedade paga o preço do desgaste físico e psíquico de um número cada vez mais expressivo de trabalhadores submetidos a jornadas extraordinárias. Essa é, inclusive, a razão pela qual as primeiras regras trabalhistas são, em realidade, regras de natureza previdenciária: a necessidade de resposta social à grande massa de trabalhadores mutilados e exauridos.¹⁶

Em tal sentido, “exigir trabalho por mais de oito horas, prejudicando o direito à desconexão e ao lazer, é transformar homens em animais mal cuidados, destinados ao esgotamento físico e mental precoce”.¹⁷ Como observam os autores:

O direito à limitação da jornada e, pois, ao descanso e ao lazer, após e durante a realização da atividade laboral, é condição para a concretização do projeto constitucional que visa ao bem de todos e estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.¹⁸

Nesta linha de pensamento, defende Sandra Regina Pavani Foglia:

A limitação da duração de trabalho é condição vital para assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade, através de práticas do direito social ao lazer previsto no artigo 6º da Carta, bem como para afirmação dos direitos fundamentais individuais da intimidade e da vida privada, para o repouso, para o desenvolvimento da formação da personalidade da pessoa, para a participação social e para a convivência com a família.¹⁹

Por esse motivo, o tempo livre do trabalhador, que acontece por meio da desconexão do trabalho, possui uma relevante conotação na vida do trabalhador, “quer seja para o simples descanso, quer seja para o aperfeiçoamento profissional, para interagir com a família e com a sociedade, para buscar o desenvolvimento cultural e intelectual, ou, efetivamente, para exercer o direito ao lazer.”²⁰

¹⁶ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 20.

¹⁷ Id., p. 25.

¹⁸ Id., p. 34.

¹⁹ FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e trabalho: um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013, p. 15.

²⁰ Id., p. 15.

Verifica-se, ainda, no escólio de Noemia Porto que a questão do limite à jornada de trabalho conecta-se, necessariamente, à proposta internacional de promoção do trabalho decente — aquele desenvolvido em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade — e ambienta uma normatividade de princípios fundamentais, não só em razão da luta histórica pela afirmação de direitos relacionados a dignas condições de trabalho, mas também porque precisa ser associada, cotidianamente, a uma consistente política de saúde no trabalho.²¹

Noemia Porto também assevera que os fatores biopsicossociais (sociais, psicológicos e biológicos) do trabalhador demandam que se lhe possa garantir o tempo necessário para a construção de uma identidade pessoal que não necessariamente se relaciona com os desafios do trabalho. Vê-se, assim, que o direito de acesso ao trabalho decente, e não apenas o direito a ocupar-se, é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Além de outros motivos, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional, que não se compatibilizam com o excesso de trabalho, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora.²²

2 A exclusão dos altos empregados do limite da jornada de trabalho

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 7º, inciso XIII, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: duração do trabalho 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.

O artigo 62, inciso II, da CLT dispõe, por sua vez, que não são abrangidos pelo regime previstos neste capítulo: 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 e/ou filial. Assim, o artigo em questão exclui os que exercem cargo de confiança, que auferem remuneração superior pelo menos a 40% do salário do cargo efetivo, das normas referentes à duração do trabalho.

Para Maurício Godinho Delgado, os altos empregados, por estarem investidos de parcela significativa do próprio poder empregatício, não devem se submeter a estrito controle de horários, sob pena de isso inviabilizar o exercício precípua de sua função de poder perante os demais trabalhadores.²³

²¹ PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 2, abr./jun., 2009, p. 73.

²² Id., p. 73.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 921.

Entretanto, na visão de Noemia Porto, o fato de os “altos empregados” representarem o “alter ego” do empregador apenas reforça a intensidade da subordinação jurídica, e não a sua liberação, tanto que as exigências se farão presentes das mais variadas formas, inclusive quanto à análise da permanente disponibilidade do contratado; ou seja, sua boa vontade em renunciar a outros aspectos da sua vida pessoal em favor do empreendimento.²⁴

Ainda concorde Noemia Porto:

A ausência de marcação ou do registro dos horários de trabalho não significa maior liberdade para o trabalhador. Ao contrário, potencializa-se o traço marcante do contrato de emprego que é a subordinação jurídica. A marcação ou o registro da jornada constitui garantia ao trabalhador de que o limite será respeitado e de que os excessos serão compensados ou pagos como hora extra (art. 7º, inciso XVI, da Constituição).²⁵

Observa-se que, por meio da análise do parágrafo único do art. 62 da CLT, há uma condicionante para a exclusão do referido rol de empregados do direito ao recebimento do adicional de hora extra. Tal excludente se refere ao acréscimo de 40% sobre o salário do cargo efetivo, o que leva a entender que, caso este empregado, revestido de autonomia técnica e administrativa e com poderes de gestão dentro de uma empresa, não receber o respectivo adicional, deverá ser considerado como um empregado comum para todos os fins, fazendo jus ao recebimento das horas extraordinárias. Destarte, o referido adicional é apenas um dos fatores determinantes para enquadrar um empregado como exercente de cargo de confiança, devendo ser observada a presença das demais prerrogativas de sua função.

Ademais, de nada adianta o empregado ocupar cargo apenas com a nomenclatura de gerente ou de diretor para que seja enquadrado no inciso II do art. 62 da CLT. Mister se faz que, no exercício de suas funções, além de receber o adicional e 40% sobre o seu salário, este empregado tenha subordinados sob seu controle e fiscalização; liberdade na entrada e na saída da empresa, bem como na definição de sua jornada de trabalho; delegação do comando superior da organização para dirigir os respectivos setores; isenção de marcação de ponto; e, por fim, capacidade de contratação e de demissão de novos empregados.

Consoante ensina Arnaldo Sussekind:

Os gerentes e diretores-empregados, de que cogita o artigo 62, da CLT, tal como definido no seu parágrafo único, são os investidos em cargos de gestão pertinentes à administração superior da empresa,

²⁴ PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 2, abr./jun., 2009, p. 78.

²⁵ Id., p. 78.

enquanto os chefes de departamentos e filiais são os que, no exercício desses cargos, dessa confiança, têm delegação do comando superior da empresa para dirigir e disciplinar os respectivos setores. Mas, para excluí-los da aplicação do capítulo “Duração do Trabalho”, a nova lei exige ainda que os salários não sejam inferiores aos dos correspondentes cargos efetivos, acrescidos de 40%. Esse *plus* pode concernir à gratificação de função ou estar embutido, a qualquer título, no salário do cargo de confiança.²⁶

Apesar de bem definidas as prerrogativas de um empregado ocupante de cargo gerencial, na prática trabalhista, é muito complicado vislumbrar empregados que se enquadram perfeitamente como ocupantes de cargos de confiança de acordo com a Legislação. Diversas empresas apenas mascaram as funções de seus empregados, alterando a nomenclatura para um cargo gerencial, contudo, continuam exigindo deste empregado as mesmas obrigações que dos demais. Ou mesmo este, tendo capacidade gerencial dentro da empresa, muitas vezes, deve responder a um superior hierárquico, caracterizando-se a subordinação direta. Também é comum se verem empregados cujas empresas garantem a flexibilidade de jornada de trabalho, porém estes sempre devem registrar sua hora de entrada e de saída, de modo que seus empregadores continuem controlando suas horas de trabalho.

De fato, pululam exemplos para demonstrar as diversas formas pelas quais um empregador desvirtua o cargo de gerente para esquivar-se do pagamento das horas extras laboradas. No entanto, ainda mais grave do que analisar a questão da má-fé do empregador é observar que o disposto no art. 62, inciso II, da CLT afronta, diretamente, o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, concorde Maurício Godinho Delgado, para que haja elisão das regras referentes à jornada de trabalho, o art. 62, inciso II, da CLT, estabelece uma presunção *juris tantum*, isto é, tais trabalhadores, por sua posição hierárquica elevada na estrutura funcional da empresa, não se submetem ao controle e à fiscalização estrita de horário de trabalho. Trata-se de presunção favorável ao empregador, que não admite prova em contrário. Evidenciado que o gerente — não obstante detentor de poderes de gestão e favorecido pelo acréscimo salarial equivalente ou maior do que 40% do salário efetivo — submete-se a estrito controle diário de horário e de jornada, tal empregado se enquadrará nas fronteiras da duração padrão de trabalho de sua categoria profissional, sendo credor de horas extras efetivamente prestadas por além dessa duração padrão.²⁷

Como observa Maurício Godinho Delgado:

²⁶ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 22, ed. v. 2. São Paulo: LTr, 2005, p. 803.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 946.

Compreender-se que a CLT produziu discriminação em desfavor de tais empregados gerentes — e não apenas mera presunção jurídica — é entender-se ser o texto celetista essencialmente ineficaz, por agredir normas constitucionais expressas em direção contrária (art. 5º, caput; art. 7º, XIII e XVI, CF/88).²⁸

Por tudo o que foi exposto, segue-se aqui, a exponencial síntese de Jorge Luiz Souto Maior. Para o autor, tal tipo de empregado, pressupondo, para fins da presente investigação, as situações fáticas e jurídicas em que o alto empregado se apresente como um autêntico empregado — isto é, um trabalhador subordinado — tem sido vítima, pelo mundo afora, de jornadas de trabalho excessivas. Eles estão conectados ao trabalho frequentemente: 24 horas por dia, 07 dias na semana, mediante a utilização dos meios modernos de comunicação como celular, *pager*, *notebook*, fax etc.²⁹

Jorge Luiz Souto Maior ainda assinala que os altos empregados estão sujeitos a jornadas de trabalho extremamente elevadas, interferindo, de maneira negativa em sua vida privada. Além disso, em função da constante ameaça do desemprego, eles são forçados a lutar contra a “desprofissionalização”, o que lhes exige constante preparação e qualificação, pois o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social. Assim, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. De acordo com o autor, muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, visto que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficarem muitos dias desligados do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego.³⁰

Neste sentido, destaca Márcia Novaes Guedes citada por Jorge Luiz Souto Maior,

A “cultura gerencial”, agregada à qualidade total, exige também entrega total; a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa. Aos poucos, o trabalho vai ocupando e minando todas as reservas pessoais e tornando-se sub-repticiamente por meio da mídia, mas, sobretudo, pela avalanche de livros que inundam o mercado editorial sob o inocente título de literatura de autoajuda.³¹

²⁸ Id.

²⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, 2006, p. 99.

³⁰ Id., p. 100.

³¹ Id., p. 101.

3 A inconstitucionalidade do art. 62, inciso II, da CLT

Compartilha-se, no presente estudo, o entendimento de que o art. 62, inciso II, da CLT é inconstitucional, pois o texto consolidado não pode se opor ao art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, pelo motivo exposto a seguir pelo emérito Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes:

[...] o conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável.³²

Neste viés, aceitar como válida uma norma claramente contrastante com um preceito constitucional fere diretamente o princípio da interpretação conforme a Constituição, haja vista que, reiterando-se as palavras do Ministro Gilmar Mendes: “os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, devem escolher o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade.”³³

No ordenamento jurídico brasileiro, existem diversos meios de se vislumbrar a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional. Um deles, que se enquadra perfeitamente no caso em tela, é a inconstitucionalidade material, que ocorre quando os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou com princípios estabelecidos na Constituição.³⁴ Em outras palavras: a inconstitucionalidade material acontece, quando a norma infraconstitucional colide com a matéria expressa pelo dispositivo constitucional.³⁵

A norma prevista no texto consolidado precede à promulgação da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, esta deve ser operada pelo fenômeno da recepção, que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição, que, no caso do artigo supracitado, por estar cristalinamente em contrariedade com a norma constitucional vigente, não deveria jamais ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.³⁶

Contudo, embora majoritário o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, de que a citada norma do art. 62, inciso II, da CLT é constitucional, recentes decisões têm alterado a interpretação da norma infraconstitucional, defendendo a

³² MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

³³ Id., p. 193.

³⁴ Id., p. 963.

³⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira et. al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 963.

não recepção do referido dispositivo, conforme dispõe o Enunciado nº 17, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, em 23 de novembro de 2007. Veja-se:

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.

Outrossim, o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior encontra-se em consonância com o acima exposto.

Na apropriada visão do autor, um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, eles não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral do emprego dada a necessidade natural de manutenção do seu *status* social) e, ainda, que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável.

Por isso, o autor em comentário entende que a forma essencial de se reverter tal quadro é integrar estes trabalhadores à proteção do limite da jornada de trabalho — consagrada, vale ressaltar — desde o Tratado de Versalhes, de 1919, com o reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem em 1948.³⁷

Como destaca Jorge Luiz Souto Maior:

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

³⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, 2006, p. 103.

art. 7º da CF/88 conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito ao repouso semanal remunerado e, portanto, a pretendida exclusão contida no art. 62, II, neste aspecto mostra-se inconstitucional. Note-se, a propósito, que a própria Lei n. 605/49, que tratou do direito ao descanso semanal remunerado, não excluiu de tal direito os altos empregados.³⁸

Ainda consoante Jorge Luiz Souto Maior, se se tem direito ao descanso semanal remunerado, é porque o próprio ordenamento reconhece que o trabalho dos altos empregados deve ter limites.

Logo, chega-se, inevitavelmente, à conclusão de que o art. 62, II, da CLT é inconstitucional, na medida em que o inciso XIII, do artigo 7º, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho. O artigo em questão, portanto, é inconstitucional, ainda mais ao igualar aos gerentes os “chefes de departamento ou filial”.

O empregador, quando contrata um alto empregado, diretor ou exercente de cargo de confiança e, principalmente, chefes de departamento ou filial, não pode utilizar as forças deste trabalhador durante 24 horas por dia, e os avanços tecnológicos têm permitido que isso ocorra.³⁹

Assim sendo, vale transcrever belíssimo trecho da sentença proferida pelo Juiz do Trabalho Almiro Eduardo de Almeida:

Merece destaque o conteúdo do artigo 1º, b, da Convenção n. 111 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 62.150/68, o qual considera discriminação “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego [...]”. A Convenção em destaque trata do compromisso dos Membros da OIT em eliminar toda forma de discriminação em matéria de emprego. Evidente, portanto, a inconstitucionalidade do conteúdo do artigo 62 da CLT sob o prisma da violação ao princípio da isonomia. Não bastasse isso, a ordem constitucional em vigor, ao contrário das anteriores, não apresentou qualquer autorização para que fossem excepcionadas determinadas categorias de trabalhadores do direito à limitação da jornada de trabalho em oito horas diárias. Tampouco autorizou tratamento excepcional quanto ao direito à remuneração da jornada extraordinária. Nesse aspecto, a inconstitucionalidade do artigo 62 da CLT decorre do texto do artigo 7º da Constituição. [...] Certo é que, sob qualquer ângulo, o artigo 62 da CLT afigura-se flagrantemente incompatível com o texto da Constituição Federal de 1988, não tendo sido recepcionado, de modo que não há falar em sua aplicação. (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Processo n. 0020119-37.2014.5.04.0007, 7ª Vara do Trabalho, Juiz do Trabalho Almiro Eduardo de Almeida, *DJT*: 28 jan. 2015)

³⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, 2006, p. 103.

³⁹ *Id.*, p. 104.

Vê-se, assim, que, embora ainda predominante o entendimento do não enquadramento dos ocupantes de cargos de confiança ao capítulo relativo à jornada de trabalho supraexposto, há entendimentos que tendem a interpretar como não recepcionado o art. 62, II, da CLT em face do art. 7º, XIII e XVI, da CF/88.

Como analisado, corrobora-se, aqui, o entendimento da inconstitucionalidade do não pagamento das horas extras aos altos empregados, haja vista que, atendendo aos pressupostos do direito ao não trabalho para a preservação da integridade física, mental e social deste trabalhador, é preciso inseri-lo no direito à limitação da sua jornada de trabalho, em conformidade com o tipo de trabalho executado: para os que trabalham a maior parte do tempo no estabelecimento do empregador, inserindo-se no contexto da unidade produtiva, sua jornada normal deve ser a mesma de seus subordinados; para os que executam seus serviços, com grande autonomia no que se refere ao contexto produtivo, o limite de sua jornada deve ser, obrigatoriamente, fixado em contrato individual, de forma a respeitar os períodos legais de descanso e a vida privada do empregado, com previsão da carga de trabalho a ser exigida, sob pena de recair sobre o empregador o ônus da prova das horas trabalhadas.⁴⁰

A premissa básica do Direito do Trabalho é garantir a proteção à saúde física, mental e social do trabalhador. Neste enleio, o não estabelecimento do tempo de trabalho ou da limitação efetiva da jornada de trabalho dos altos empregado, bem como ao direito à desconexão de suas atividades laborais, ainda promove a possibilidade de dano existencial.⁴¹

Isso se dá na medida em que o trabalhador fica impedido de desenvolver projetos pessoais e de usufruir o direito ao lazer, além de ficar afastado do convívio social e familiar diante do labor prestado de forma extenuante e exaustiva.

De acordo com Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, o dano existencial no direito do trabalho — também chamado de dano à existência do trabalhador — decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou pela sua realização profissional, social e pessoal.

No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial, quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado,

⁴⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, 2006, p. 103.

⁴¹ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Dano existencial no direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes (Orgs.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 189.

impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos *profissional, social e pessoal*.⁴²

Veja-se recente decisão do Tribunal Regional do Paraná em relação ao tema:

EMENTA: DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe *in re ipsa*, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e às suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial, quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial. (Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2ª Turma, 28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013, Relatora Ana Carolina Zaina, *DEJT* 11 out. 2013).

Felizmente, verificam-se opiniões no sentido de se considerar inconstitucional o disposto no art. 62, II, da CLT, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o que demonstra, de forma clara — e inexoravelmente, um avanço social quanto à concretização social do direito humano e fundamental ao trabalho decente dos altos empregados.

Conclusão

Constata-se, portanto, o lazer como um bem essencial do ser humano, com objetivo de proporcionar a recuperação da energia física e mental gasta no trabalho, visando ao atingimento do completo bem-estar do trabalhador e ao indispensável equilíbrio de sua saúde física, mental e social.

O direito social ao lazer ou ao tempo livre permite ao trabalhador desfrutar tudo o que não esteja relacionado ao trabalho produtivo, como o convívio familiar

⁴² Id., p. 189.

e o exercício de atividades físicas, artísticas, intelectuais e culturais; associativas, turísticas e de entretenimento; e toda e qualquer atividade social recreativa que possibilite interação e convivência social com vistas ao seu desenvolvimento psicológico, social, pessoal e à recomposição de suas energias físicas e mentais.

A limitação do tempo de trabalho estabelecido na Constituição Federal de 1988 tem o objetivo de reduzir a carga de trabalho do empregado, a fim de proporcionar-lhe melhores condições de saúde, ao promover-lhe bom período de descanso e maiores interações sociais, o que, para o empregador, não deixa de ser vantajoso, uma vez que seu empregado ficará satisfeito e disposto a produzir mais.

Vê-se, assim, que, embora ainda predominante o entendimento do não enquadramento dos ocupantes de cargos de confiança ao capítulo relativo à jornada de trabalho supraexposto, há entendimentos que tendem a interpretar como não recepcionado o art. 62, II, da CLT em face do art. 7º, XIII e XVI, da CF/88.

No tocante, então, ao direito de se desligar do trabalho ou, propriamente, ao tempo livre e ao lazer, o art. 6º da Carta Magna, ao estabelecê-lo como direito social, garante ao trabalhador uma vida com mais dignidade e liberdade, pois lhe assegura a proteção à sua integridade social (*acesso ao direito à integração social*). Ao que se opõe frontalmente artigo proposto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Segue-se, aqui, portanto, o entendimento de que o art. 62, inciso II da CLT, é inconstitucional, pois o texto consolidado não pode colidir com o art. 7º, inciso XIII, da CF/88.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Princípios fundamentais de direito ambiental do trabalho. *Revista Fórum Trabalhista*, Belo Horizonte, n.12, maio/jun., 2014, p. 86.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial no direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; TEIXEIRA, Érica Fernandes (Orgs.). *Novidades em direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 184.
- CALVET, Otávio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e trabalho: um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013.
- LUNARDI, Alexandre. *Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, v. 1, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 2, abr./jun., 2009.
- SUSSEKIND, Arnaldo Lopes *et. al.*, *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. v. 2. São Paulo: LTr, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; FERREIRA, Horácio Aguilar da Silva Ávila. Proteção à limitação do tempo de trabalho dos altos empregados. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183-199, jan./mar. 2016.
