

O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano*

Mônica Sette Lopes

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª

Região

Professora associada da Faculdade de Direito da UFMG

Doutora em Filosofia do Direito

“Um dia eu perguntei ao Tom Jobim sobre o início da bossa nova, e ele, apontando para um urubu que sobrevoava sua casa no Jardim Botânico, disse que era preciso observar mais as aves para entender mais a música. Perguntei sobre o Beco das Garrafas, e ele disse que nossos problemas vinham do fato de o mapa do Brasil parecer de cabeça para baixo, com uma base mais fina sustentando outra mais pesada. Na terceira pergunta sobre música, Tom respondeu com alguma coisa sobre a criação de minhocas que fazia num canto de quintal. Desisti.”¹

O tempo não é apenas um circuito do relógio em fluxo uniforme e marcado em proporções unívocas. Sessenta minutos é igual a uma hora. Vinte e quatro horas correspondem a um dia. O tempo é base de valoração e repercute de modos variados. O tempo esgarça as palavras. Esgarça especialmente os conceitos jurídicos quando são reprisados no entra e sai da fala nas salas de audiência. E isto se torna mais agudo quando se trate de pretensão que tenha por objeto a medida do tempo: as horas extras contrapostas ao regime de não limitação de jornada do art. 62 da CLT.

Cada processo anuncia o nexos ou o desconexo entre perguntas e respostas a que se refere a deliciosa crônica do jornal de segunda-feira acima parcialmente reproduzida. A conexão ou desconexão espraia-se também no sistema de normas jurídicas. O processo, cada um deles, será sempre um refazer da realidade sob os auspícios do direito. E sempre sofrerá a

* Artigo publicado em LOPES, Mônica Sette. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*, v. 76, p.72-79, 2012.

¹ SANTOS, Joaquim Ferreira dos Santos. Um dia na vida de um repórter VI: Senta que as histórias do velho homem de imprensa não terminam. *O Globo*, Segundo Caderno, 26.04.2010, p. 8.

interferência do tempo e do modo como ele age na composição do caos.

François Ost lembra que o direito é um dos lugares onde se reconta o processo de viver o caos e principalmente o de narrá-lo:

“Sobre o fundo desse caos original - estado de natureza sempre ameaçador -, cabe ao direito ditar o limite: dizer quem é quem, quem fez o quê, quem é o responsável. Estabelecer os fatos, certificar os atos, colocar as responsabilidades. Lembrar a ordem genealógica, distribuir os papéis, desempatar os querelantes. Narrar o enredo fundador, reavivar os valores coletivos, fortalecer a consistência da linguagem comum, “a instituição das instituições” – a linguagem das promessas que o corpo social se fez a si próprio, a linguagem das leis graças à qual dispomos de “palavras para dizê-la”, para dizer aquilo que nos religa e nos diferencia, para dizer onde passa o limite do aceitável e do inaceitável”².

O desejo de escrever este artigo, que vai mais como confissão do que como uma certeza na teorização, é explicar a razão pela qual uma pergunta pode trazer tanto transtorno a uma juíza com mais de duas décadas de trânsito pelas passadas das salas de audiência. No fluxo das audiências, na busca de trazer os fatos, caóticos, para a organicidade do processo, sabe-se que a palavra pode religar o juiz à realidade ou pode desligá-lo definitivamente dela, se não houver vontade de chegar ao detalhe mínimo da história que deve ser conhecida, se não houver paciência a conter a pressa de acabar logo com aquilo.

A pergunta, que justifica o texto e que é palavra que deveria reavivar valores, é proposta geralmente pelas empresas às testemunhas:

“- Ele (a) tinha controle de jornada?”

A angústia instala-se, por razões distintas, a controvérsias que envolvem os dois incisos do art. 62, cujo sentido principal está em excluir o empregado do regime geral de limitação de jornada. E na base da rejeição está a constatação de que a ordenação dos fatos pelo direito, em ambos os casos, não pode ser feita a partir de uma pergunta que induz à resposta *sim* ou *não*. Recuperar, do passado, o tempo que a vida de uma pessoa se destinou à empresa exige a definição de *quem é quem*, de *quem fez o que* e de que modo e porque. Exige a recuperação do passado no que concerne ao modo como as atividades da empresa se organizam. Exige definir *quem é o responsável* no sentido de dimensionar bem o plano da subordinação objetiva. Ao estabelecer-

² OST, 2005, p. 47.

se como o tempo do empregado se situa quando questionada a sua exclusão do regime geral de limitação de jornada, cabe olhar a atividade como um todo, para entender como o trabalho naquela específica função se *ajeita* no plano de suas rotinas. Porque é no conjunto das atividades e das relações que a ela se conectam que se conhece a natureza da subordinação polarizadora dos demais pressupostos da relação de emprego na lição de Ribeiro de Vilhena:

“A *subordinação*, elementarmente, parte da atividade, e se concentra na atividade. Seu exercício, porém, implica intercâmbio de condutas, porque essa atividade consoma-se por pessoas que se congregam, que se organizam e que compõem um quadro geral de ordem e de segurança no processo da produção de bens e/ou serviços.”³

Assim, há um circuito de relações (jurídicas ou não) que integra o empregado à empresa e ao seu estabelecimento (na mobilidade dele). Ele transita por espaços do processo de produção cumprindo um determinado papel e seguindo um rol de condutas já estabelecidas e cujas diretrizes, no mais das vezes, são de pleno domínio dele e dos gestores principais do empreendimento. Para usar um exemplo que será repetido ao longo do texto: um motorista que leva cargas do Rio de Janeiro a Fortaleza já sabe qual é a expectativa da empresa quanto ao tempo que ele demorará naquela estrada rotineiramente percorrida por outras pessoas ou por ele próprio. Os fatos relativos àquele percurso são notórios quanto às características dominantes.

Não é de estranhar, porém, que a apuração dos acontecimentos centre-se mais na definição do ser o empregado fiscalizado, como um ato de direta expressão da subordinação. Como enfatiza Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, ainda uma vez, isto se deve à força que têm os elementos da subordinação subjetiva na conformação da relação de emprego:

“A intensificação do conteúdo subjetivo da subordinação está de tal forma arraigada na tradição e no preconceito da doutrina que dela não consegue desvencilhar-se inclusive a teoria contratualista, a despeito de fundar o contrato em uma relação de coordenação elaborada sobre o princípio da autonomia da vontade.”⁴

Expor a razão da desacomodação da juíza a que se impõe o dever de fazer a *pergunta-padrão* é o objetivo deste texto, que parte, porém, de um aspecto prévio e fundamental: a repetição do que parece serem sempre as mesmas questões faz com que juízes e advogados corram o risco de esquecer

³ VILHENA, 2005, p. 521.

⁴ VILHENA, 2005, p. 515.

a teleologia dos dispositivos para além de sua generalidade. Diz-se isto porque não se pode deixar escapar o suporte de fato que foi ponderado para a definição da excludente que só faz sentido no fluxo entrecortado do tempo, entre passado, presente e futuro numa multiplicidade de instâncias que ultrapassa ou suplanta a linearidade dos ponteiros do relógio ou dos dígitos que lançam os números na certeza da cronologia.

O que acontece no tempo do trabalho?

Esta é a pergunta com seus *como, onde, porque, para que*. E ela se revela como resposta à ideia biunívoca simplificadora do ter ou não controle de jornada.

Sobre a evolução do regime de limitação de jornada, nota-se a vinculação estrita aos pressupostos de formação do próprio direito do trabalho⁵.

Uma análise retrospectiva do art. 62 dá os contornos da evolução no tempo, mas os efeitos dela vão além da mera produção normativa dinâmica (com a revisão do texto que se seguiu), porque esbarra nas mudanças tecnológicas que alcançaram as formas de medição de tempo e de espaço.

Na redação original, excluía-se do regime de limitação de jornada “os vendedores praticistas, os viajantes e os que exercerem, em geral, funções de serviço externo, não subordinado a horário” e “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”.

Além deles eram excluídos os que trabalhavam “nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos”. O comentário trazido em pé de página por Arnaldo Sussekind ressalta apenas o aspecto formal da diferenciação que constava do dispositivo:

“É evidente a impropriedade da exclusão, no corpo desse artigo, dos que trabalham nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos. Sendo as referidas categorias profissionais objeto de regulamentação especial, já estavam, por esse fato, excluídas do regime normal de duração do trabalho”⁶.

Não há referência à natureza da atividade em que os valores

⁵ Cf. BONARETTI, 1983.

⁶ SUSSEKIND, MARANHÃO, VIANNA, 1966, p. 257.

da subordinação objetiva e subjetiva se fazem presentes com a intensidade usual do regime do contrato de emprego.

Falar de limitação de jornada é incorporar o ócio, de algum modo controlado pela empresa, como um direito que não é bem aceito na sociedade industrial e que pode ser de difícil justificação perante o Estado⁷, mas que está na raiz de toda a definição de limites de horas de trabalho, vislumbrado em passagens, às vezes colaterais, como na obra de Amauri Mascaro em que as questões ligadas à jornada são tratadas em capítulo intitulado “Direito ao descanso”⁸. E isto é correto. Definir o volume máximo de horas de trabalho e os momentos de repouso é cuidar do direito ao ócio do empregado.

A bifurcação, que prevalece na tipificação do art. 62 da CLT, continua abrigando a ideia de subordinação. Russomano consagra a premência de demonstração do pressuposto quando afirma que, em ambos os casos, o empregado é “o árbitro de sua atividade”⁹. A dificuldade é a apuração do modo como se dá o jogo da subordinação em cada uma das hipóteses de exclusão do regime de limitação de jornada. Ser o árbitro de sua atividade significa que há uma fresta na intervenção do empregador no modo como empregado se conduz. Não se trata da diminuição ou mesmo da exclusão do regime da subordinação, mas da composição na qual alguns dos componentes da subordinação subjetiva são menos palpáveis.

No trabalho externo, afigura-se a impossibilidade de controle e, por conseguinte, uma discricção do empregado em relação ao seu tempo que pode levá-lo a trabalhar aquém do limite máximo de 8 horas por dia, porque o empregador não tem meios de calcular e de controlar a duração da jornada. Nada há na regra, principalmente a partir de sua consideração como parte de um sistema que se baseia no *direito ao descanso*, que leve a se atribuir ao empregado o dever de cumprir um regime de trabalho superior ao limite mínimo em razão da forma como suas tarefas são esperadas ao longo do dia.

Para o exercício do cargo de confiança, sobressai não a natureza ou a importância das atribuições, mas a associação delas com um

⁷ Cf. DE GRAZIA, 1966.

⁸ NASCIMENTO, 1972, p. 428 e segs.

⁹ RUSSOMANO, 1982, p. 107.

padrão remuneratório diferenciado. A diferenciação apura-se no cerne da escala remuneratória da empresa e também dentro da razoabilidade de uma comparação com padrões de mercado, o que, é certo, desloca a possibilidade de incidência da norma de exclusão apenas para empresas de maior porte que podem pagar salários melhores.

Na interpretação dos dois vértices de tipificação do art. 62, está em jogo não o tempo de trabalho, como medida, mas, de um lado, a possibilidade de um exercício descontrolado do ócio, segundo critério do empregado, inatingível pelo empregador, e, de outro, uma remuneração de tal modo significativa que diferencie, por si, o empregado dos demais, embutindo, numa complexidade autorizada, a remuneração do tempo inteiro de dedicação ao trabalho.

Tudo isto se deduzirá a seguir, considerando sempre a historicidade como parâmetro interpretativo, no que concerne ao campo da norma jurídica, e especialmente, no que diz respeito ao modo como perguntas são propostas e feitas e respostas são dadas na experiência de absorção espontânea dos comandos e na da construção da norma do caso nos processos judiciais.

TRABALHO EXTERNO

A expressão “atividade externa incompatível com a fixação de jornada” dá o tom da teleologia, na versão vigente do dispositivo, que decorre da Lei 8.966/94.

A incompatibilidade da fixação de jornada é fator que só se consuma como um dado da atividade, analisada na minúcia de sua dinâmica e das relações que cria. O fato de ela ser externa é, portanto, a parte de uma equação mais complexa que exige a consideração de *como* o empregado trabalha e, principalmente, de *como* os atos que lhe incumbem se inserem na tradição da empresa e de sua organização. Também aqui se instala a concepção de inserção da atividade do empregado na do empregador, expressão da subordinação objetiva. Há um dado cognitivo que deve ser conjugado com o externo no desempenho das tarefas que usualmente lhe

cabem. E ele está no nível de previsibilidade que reside na série de contingências que se acumulam na prática das necessidades rotineiras das atribuições do empregado. Um motorista que se desloque semanalmente na rota Belo Horizonte-São Paulo encontrará sempre a mesma estrada, a mesma distância e se intercorrências podem aumentar a duração da viagem, haverá muito pouco que possa diminuir-lhe a duração de modo incisivo, já que deverá imprimir a mesma média de velocidade para cobrir o mesmo trajeto repetidamente percorrido pelos veículos da empresa. A empresa e ele, portanto, pelo costume, saberão com uma precisão bastante acurada quanto tempo deverá ser gasto para cumprir aquele objetivo de trabalho.

Nada a estranhar na nova redação, quando se considera a composição original do dispositivo (“os vendedores praticistas, os viajantes e os que exercerem, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário, devendo tal condição ser, explicitamente, referida na carteira profissional e no livro de registro de empregados, ficando-lhes de qualquer modo assegurado o repouso semanal”). A presunção fundadora (não estar “subordinado a horário”) decorre da impossibilidade de fiscalização como sentido teleológico. Ele não se subordinava a horário porque, impossibilitada a empresa de saber onde estava, poderia trabalhar menos do que a jornada mínima, desde executasse as tarefas que lhe competiam. Por isto, a dissecação dos doutrinadores vale-se da noção de “liberdade”¹⁰ ou de confusão entre “horas de trabalho e horas de lazer”¹¹.

A ideia originária que norteou a previsão do art. 62, I da CLT não era de que o empregado trabalharia mais de 8 horas por dia como um dever seu, pela falta de controle, mas a de que, por estar longe dos olhos da empresa, poderia trabalhar menos do que a jornada máxima. A norma não partiu da inviabilidade de controle que justificasse jornada excessiva, mas da presunção de que haveria uma liberdade tal que o empregado teria a opção de estar disponível por menos tempo e com a discricão que se centraria exclusivamente no seu modo de conduzir as tarefas que lhe cabia cumprir, com um temperamento da subordinação subjetiva.

¹⁰ NASCIMENTO, 1972, p. 439.

¹¹ NASCIMENTO, 1972, p. 439.

Na obra de 1943, Sussekind fez breve referência ao dispositivo, interpretando-o como sendo destinado aos vendedores praticistas, viajantes e àqueles “que exercem funções de serviço sem horário estabelecido”¹². Com mais detalhamento, Sussekind apontou na obra de 1960, como não atingido pelo art. 62, o motorista porque vigora uma condição que “indiretamente, lhe impõe horário”¹³. Os desdobramentos deste entendimento justificam-se pela força do interesse do empregador em que haja a dação do maior número de horas para o atendimento de seus interesses, revivendo sempre a clássica e nunca desatualizada noção de *mais valia*. Neste enfoque tradicional, a questão parecia instalar-se em discussões quanto às situações de motoristas urbanos e cobradores. É interessante, por isto, que o autor exclua precisamente os motoristas:

“Aos motoristas, por exemplo, não se aplica geralmente a exceção prevista na alínea a do art. 62, estando beneficiados pela jornada de oito horas e pelas normas reguladoras do trabalho suplementar e do que é realizado à noite”¹⁴.

Diz-se ser isto *interessante* porque é um dos pontos sensíveis da realidade de trabalhadores, pelo teor da interpretação dominante consignada na OJ-SDI1-332 do TST: “MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/1986 DO CONTRAN. DJ 09.12.2003 O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa”.

Que elementos seriam esses? De que modo a Orientação Jurisprudencial de dezembro de 2003 é afetada pela inovação tecnológica?

A assertiva de que os discos de tacógrafo não permitem o controle de jornada deve ser apropriada com certa ressalva. Num considerável número de empresas de transporte, o veículo não será dotado apenas dos tacógrafos, mas também de rastreadores que podem até pará-lo quando se desviar da rota, em razão do acesso e do controle permitidos pelo sistema de satélite. É comum a alegação de que isto não visa à fiscalização do trabalho ou da jornada, mas à proteção da carga. A argumentação reforça a retórica a

¹² SUSSEKIND, 1943, p. 193.

¹³ SUSSEKIND, 1960, v. 1, p. 350.

¹⁴ SUSSEKIND, MARANHÃO, VIANNA, 1966, p. 25.

desviar o conhecimento da realidade: não há como fazer uma coisa sem fazer outra. Na verdade, o controle é até maior do que o exercido dentro da empresa. O empregado que está no estabelecimento central ou na filial pode parar, conversar com o colega, contar uma piada, desviar-se alguns minutos de suas atividades, fumar um cigarro. Quando rastreado, o movimento corresponde à atividade do empregado-motorista, a cada segundo dela. Se para o veículo, o registro se faz e é possível o cálculo do lugar onde se encontra e, naturalmente, do tempo de duração da parada.

Mas não é apenas isto.

Mesmo sem o rastreamento, motoristas se deslocam em estradas federais ou estaduais, pelas quais trafegam com frequência e cujas distâncias e estado de preservação são conhecidos por força do costume de serem essas as vias de acesso comumente usadas no interesse das empresas.

Há, então, a possibilidade de discernir com facilidade se ele gastará mais de oito horas para concretizar o percurso e muito dificilmente poderá haver redução importante no tempo estimado. Os acidentes e as paradas imprevistas, a seu turno, são normalmente comunicados porque interferem no resultado a que visa a produção que é a entrega de algo em algum lugar.

É comum perceber, nas provas feitas, a exigência de períodos de permanência nos veículos que ultrapassam em muito o limite de 8 horas. A aferição desta realidade não se faz apenas pelo depoimento das testemunhas, mas por um conjunto de dados inerentes na atividade. O controle da velocidade pelas leis da mecânica, que considera a distância e velocidade média, associado à ideia da rota e de que o motorista pode ter que entregar um volume determinado de mercadorias (o que se dá em certas condições previsíveis pelo costume da empresa) permitem saber se houve extrapolação da jornada ou se o empregado teve o tempo livre para cuidar do que lhe apossasse no curso do dia, levando em conta que há o risco da segurança como fator limitante da mobilidade e da escolha sobre aonde ir.

Não é razoável presumir o desconhecimento da empresa sobre essa duração aproximada da viagem, principalmente quando o movimento por

locais determinados constitui dado fulcral de suas operações. Há alguém em algum lugar a esperar a carga e ela deve chegar dentro de certo prazo ou aquele alguém entrará em contato e fará a cobrança do resultado que é também objetivo da produção da empresa. Por isto, é natural que ela conheça as distâncias, estime uma velocidade média de controle para o veículo de sua propriedade dirigido pelo empregado e, assim, pela comparação entre as várias viagens realizadas, fixe quanto tempo ele levará para o cumprimento da tarefa. Hoje em dia não se pode supor que um motorista saia para fazer suas entregas como se estivesse indo para o desconhecido e se perdesse em tempo e espaço. As conclusões sobre o tempo gasto por um veículo para percorrer um trajeto cuja extensão se conhece pertencem aos parâmetros da mecânica básica e isto não se altera porque há um motorista ou um trabalhador que está fora do estabelecimento da empresa. Ele, na verdade, carrega-o para uma rota cuja extensão é definida.

Outra situação que não discrepa da mencionada, é a dos vendedores ou dos motoristas que fazem rotas em pontos de venda nas regiões urbanas (a distribuição de bebidas, por exemplo).

O controle nestes casos baseia-se na própria rota, elaborada a partir de uma previsibilidade de locais-clientes (30 a 50 por dia) a que deve comparecer, do tempo de trânsito entre eles, do tempo médio de parada para carga e descarga e/ou venda de mercadorias. Para a compreensão dos controles, devem observar-se a expectativa das empresas de receberem os produtos do fornecedor, a dos vendedores de atenderem sua clientela, a possibilidade de aferir pelo disco de tacógrafo o tempo de movimento e de paradas do veículo (quando o veículo seja dotado do equipamento), o telefone celular que acompanha o processo de distribuição de seus produtos e, a partir da introdução de novas tecnologias, o palm top ou o laptop que permitem o acesso direto, ainda que remoto, do empregado à empresa e vice-versa fazendo com que ela se instale nas suas mãos, se conecte ao seu corpo em movimento.

Também neste caso a rotina da atividade e sua previsibilidade a partir do conhecimento da empresa que estima um volume de pontos de venda a serem visitados no dia (para vendas ou entregas) e da expectativa

conhecida de tempo a ser gasto afastam o enquadramento na exceção contida no art. 62, I, da CLT. O vendedor ou motorista-entregador é usualmente esperado e ele passa por caminhos conhecidos – normalmente numa região definida.

Há ainda tarefas que envolvem o processo de busca da carga e a ida a locais outros para descarga. A espera pode implicar o fluxo de uma fila de caminhões e, nestes casos, há uma fusão dos estabelecimentos da transportadora e da empresa onde se dará a carga e/ou a descarga. O acompanhamento do andamento das filas, do tempo de carga, de distância a ser percorrida até a descarga e, às vezes, do retorno para novo carregamento e reinício do processo também compõem uma rotina que é detidamente acompanhada pela empregadora na figura de um preposto que precisa emitir documentos e organizar escalas. Esse preposto pode estar longe, numa sala de controles, com um telefone e/ou um computador, mas ele precisa saber quantos caminhões foram carregados e quantos ainda devem ser carregados naquele dia e, por isto, ele acompanhará a ordem de carregamento de cada um deles e, assim, saberá quanto tempo será devido de cada um dos empregados. O trabalho é apenas aparentemente externo, porque embute idas e vindas a pontos nos quais se projetam fatores os mais intensos do estabelecimento em sua composição móvel.

Na mesma linha de inteligência, estão os empregados que fazem atendimento (de manutenção ou instalação como as ligadas à telefonia e a televisão a cabo) em residências ou em empresas clientes. Eles recebem as ordens de serviço, muitas vezes na rua, por telefone celular, e necessitam prestar contas do tempo gasto e de providências técnicas adotadas. Os atendimentos observam demandas dos empregadores ou dos tomadores dos serviços de bem atender os clientes e a urgência é um fator que comanda a definição dos horários de trabalho até pela interseção do plano de tutela do Código de Defesa do Consumidor. É comum, portanto, como prestação de contas, que haja a comunicação a uma central de todo serviço encerrado e ainda a contrapartida de um contato da empresa com o cliente para checar a sua satisfação. Tudo isto implica que o empregado não trabalha de forma livre: ele deve observar os prazos estipulados para o atendimento dos

consumidores. Na perspectiva da empresa, há uma previsibilidade de duração dos atendimentos. A disponibilização do empregado é controlada pela projeção da demanda de trabalho, não se caracterizando a liberdade do serviço externo sem limitação de jornada. A fixação de jornada é compatível com as atividades. O empregado permanece ao longo do dia literalmente aguardando ou executando ordens (art. 4º da CLT).

Disponibilização do tempo para atendimento de clientes, rotas conhecidas, distâncias previsíveis, velocidade média, prática das viagens como costume da empresa implicam aproximação indireta e significativa da duração da jornada e, por consequência, compatibilidade com a fixação de um horário ajustado ao tempo limite máximo.

Trabalhando o empregado em atividade rotineira da empresa, renovada todas as semanas, com rotas determinadas para a distribuição de seus produtos ou para a prestação de seus serviços, não se pode entender que se trate de atividade externa para a qual não seja possível estipular duração, a partir mesmo do costume.

No que concerne aos motoristas que dirigem pelas estradas brasileiras, há um imperioso dado de ordem pública que marca a relevância do tratamento do tema na sua concreção total. É preciso evitar que a rotina extenuante ponha em risco suas vidas e as das demais pessoas que são obrigadas a trafegar por elas. A prática de eles tomarem estimulantes (*arrebite*) tantas vezes noticiada nos órgãos de imprensa e entrevista nos processos constitui um sinal claro do desvirtuamento (art. 9º da CLT) na aplicação do regime de exclusão da limitação de jornada, porque ela significa que se lhes está impondo um regime de jornada superior ao que implicaria 8 horas de trabalho, na medida em que pelo binômio distância x velocidade média se constata a necessidade de dação de mais tempo para o cumprimento da meta.

Quando se instruem processos em que estes temas são versados, a partir das perguntas feitas, a impressão que se tem é de que o empregado tem uma liberdade tão absoluta em relação a seu tempo externo que poderia se dar ao luxo de ir ao cinema no meio da tarde. Não é assim. Eles hoje prendem-se às empresas pelas teias da tecnologia e são controlados em relação a suas atividades de forma muito mais intensa do que outrora. Este

espírito geral do *big brother* deixa uma margem muito reduzida para a efetiva aplicação do art. 62, inciso I, da CLT.

OS EXERCENTES DE CARGO DE GESTÃO

Na interpretação que se consolidou a partir da versão originária do dispositivo (“os gerentes, assim considerados os que investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, só diferenciem aos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal”), fixou-se uma concepção não literal do que fosse “mandato em forma legal”, valorizando uma condição de gerenciamento que implicava a outorga de poderes e a remuneração diferenciada. E isto é muito razoável.

Certa vez, antes da alteração de redação imposta pela Lei n. 8.966/94, julguei o caso de uma empregada de uma grande empresa a quem fora outorgado mandato típico, por escrito, lavrado em cartório, que dava a ela o poder de vender equipamentos usados de pequeno valor. A tese da defesa era de que ela era portadora de mandato “em forma legal”. E era. Mas a sua remuneração não alcançava o total de três salários mínimos e os bens que tinha autorização para vender não geravam qualquer repercussão nos rumos do grande empreendimento e de seu patrimônio. Eram basicamente carcaças. O valor de sua remuneração, por si só, situava-a em ponto baixo das expectativas hierárquicas da grande empresa. Sua situação jurídica, naturalmente, enquadrava-se na regra geral da limitação de jornada.

A tipificação do mandato tem como característica a ideia de representação. Ela estava no art. 1280 do Código Civil de 1916, cuja redação foi preservada no Código de 2002, em seu art. 653. Isto denota, portanto, a atribuição de relevo à situação concreta em que alguém recebe “de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses”. A forma não era, nem é prescrita na dicção do art. 656, com redação também preservada (“O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito”). Assim não se trata apenas da transferência de poderes, mas de sua contextualização inclusive e principalmente no plano remuneratório.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena trata da descentralização administrativa em que o empresário distribui seu poder de gestão a outras pessoas, que respondem pelo trabalho com o elo da subordinação, a partir de uma metáfora com um botequim:

“Não será descabido observar que a mais pronta distinção entre altos cargos, cargos diretivos, como titulares de poderes inerentes ao próprio comando e ao poder de disponibilidade do empregador, na gestão da empresa, mais se multiplica e se diversifica na proporção direta da dimensão da unidade produtora, a começar de um botequim, um quase organismo unicelular, em que se podem reunir na mesma pessoa-empregadora desde o proprietário mesmo, o *dominus negotii*, cuja freqüência no estabelecimento sempre é irregular e inconstante, e o balconista, o copa, o vendedor, o caixa. Pela imediata atividade substitutiva que esse empregado exerce, ele pode qualificar-se como *alto empregado*, *alter ego* imediato do patrão, ocupante de cargo de confiança.”¹⁵

Há um deslocamento de poderes de um pólo concentrado para o empregado que passa a *representá-lo*, praticando atos e administrando os seus interesses.

O regime de jornada não define apenas a partir da natureza das atividades, mas do binômio poder-remuneração, ou seja, há uma posição de destaque na condução do empreendimento associada a um padrão remuneratório mais elevado.

A doutrina espanhola travou discussão sobre o tema da exclusão de limitação de jornada para os gerentes terminando por rechaçar os argumentos que se centravam exclusivamente na absorção por eles de poderes do próprio empregador. Autores como Bayon Chacon, Perez Botija, Alonso García destacam que, por mais alto que seja o cargo, haverá sempre uma projeção da diretiva fixada centralmente pelo empregador, ainda de caráter mais genérico¹⁶, ainda que ao gestor caiba fixar as medidas concretas para a implementação da dinâmica das atividades e nas correlações experimentadas como se vê dos fluxos em sua continuidade:

“Neste sentido, o trabalho técnico é necessário e permanente. Nele reflete-se o *continuum* empresário em suas formas superiores, descensionais e ascensionais de atividade, seja pelos cargos de “direção administrativa” seja pelos cargos de “direção técnica”.

A participação do trabalho técnico é integrativa e não esporádica ou

¹⁵ VILHENA, 2005, p. 625.

¹⁶ A contradição é acentuada na análise feita por GARCIA NINET, 1977, p. 48-76.

eventual. Montam-se as peças ideais da empresa, superpõem-se seus planos de criação, organização e coordenação ativística. A atividade, como um todo, não vem a ser senão essas conexões, superposições, justaposições e esses tempos sucessivos ou concomitantes de comunicação racional, em que o espírito criador, organizador e racionalizador do homem se diversifica, harmonizando-se para cumprir os desempenhos técnicos de cada unidade empresária, através dos quais se desincumbirá a empresa de seus fins econômicos, lucrativos ou ideais¹⁷.

Qualquer atividade de gestão implicará o domínio de uma técnica. Ele estará tanto no empregado que recebe dois salários mínimos e se encarrega de admitir e de dispensar pessoas, porque conhece procedimentos e necessidades, como naquele especialista que cuida da administração, propriamente, mas toma decisões técnicas essenciais na atividade-fim e recebe valores significativamente superiores. A administração da atividade-fim pode exigir especialização na área de economia, de engenharia, de informática e em tantas outras e pode levar à contratação de pessoal qualificado e remunerado de forma absolutamente diferenciada não apenas no plano interno da empresa como em sua correlação com o mercado. Por isto, não é correta a apropriação que desconsidera o cargo de confiança com remuneração superior ao argumento de que o empregado era um técnico. Qualquer empregado é um técnico na faixa de atribuições que lhe cabem, porque todas implicam um saber, qualquer que seja ele.

Sussekind exclui o cargo técnico, apontando o de chefe de clínica, o de chefe de oficina, o de maitre d'hotel¹⁸. Na verdade, de um ponto de vista do mercado, a estes cargos normalmente não corresponde uma remuneração diferenciada que atenda ao pressuposto do art. 62, II. Não é a técnica exigida que afasta a incidência do dispositivo, mas a base remuneratória que, normalmente, não reserva àqueles profissionais valores significativos. Eles são remunerados com quantitativos médios, os quais, se os distinguem de empregados subalternos, não são suficientes para fazer deles empregados que se destaquem na estrutura da empresa ou em níveis gerais de empregabilidade.

Assim, há que se inocular alguns *depende* na análise das

¹⁷ VILHENA, 2005, p. 623.

¹⁸ SUSSEKIND, 1960, p. 356.

circunstâncias e eles vinculam-se não à natureza técnica da função, mas à importância dela ligada ao padrão de remuneração do empregado. Um chefe de setor de engenharia de uma grande empresa que tenha auferido valores mensais acima de 20 salários mínimos estará excluído do regime de jornada mesmo que ele não admita ou dispense empregados cujas atividades (técnicas) controle de forma bastante genérica e até distanciada. A confiança é depositada em seu conhecimento para atendimento dos objetivos fundamentais da empresa nos seus fins lucrativos e de inserção entre os clientes e os concorrentes. A ele cabe apenas o controle dos fazeres num plano abstrato. No entanto, no seu patamar salarial, o tempo que dará ao empregador (normalmente mais de 8 horas por dia) já estará remunerado numa complexividade que o sistema jurídico absorve na dicção do art. 62, II.

Sussekind destaca ainda que a função de gerência caracteriza-se pela

*“delegação do poder de comando que o empregador outorga a seu exercente. Em virtude dessa delegação, o gerente administra o estabelecimento, praticando atos de gestão que lhe concernem, entre os quais se inclui a admissão e a despedida de empregados e a aplicação de penalidade de índole disciplinar”*¹⁹.

Isto é verdade, mas não é toda a verdade.

Uma das perguntas que mais me perturba é a que funda o exercício do cargo de gestão no poder de admitir e demitir. Percebe-se uma tensão na sala de audiências como se a resposta a isto fosse decidir a questão. É como se exercesse o cargo apenas quem pudesse contratar e dispensar empregados e aplicar sanções. Como se quem exercesse estas atribuições automaticamente se colocasse como excluído do regime de limitação de jornada. A culpa disto é a generalização, a pasteurização dos entendimentos e de certa forma a rapidez com a qual a doutrina é obrigada a tratar dos detalhes: se a lei não é capaz de descrevê-los ou produzi-los, a doutrina tampouco os especifica se não adentrar do campo minado e obumbrado que é o da prática e da concreção.

Não se afere o exercício do cargo de confiança pela natureza das tarefas a ele atribuídas, mas pelo valor que recebia para desenvolvê-las,

¹⁹ SUSSEKIND, 1960, v. 1, p. 356.

sendo sabido que a maior parte das decisões ou das atividades de gerenciamento exige apenas o domínio de certa técnica, que vai além do admitir e demitir. Isto implica que só haverá incidência da excludente do art. 62, II para empresas de maior porte que tenham sistema de gerenciamento e possam-devam pagar salários superiores aos usuais para atividades de destacada importância e complexidade. Nas pequenas e médias empresas, os vínculos de gestão estarão sempre mais personalizados nas mãos dos sócios e a delegação, quando se faz, observa apenas parâmetros técnicos (mesmo quando envolva admissão, dispensa e aplicação de sanção), normalmente correspondendo a padrão remuneratório de nível médio e sem projeção para o empregado no que concerne à sua capacidade aquisitiva.

A questão da incidência da exclusão do regime de limitação de jornada passa, ainda, por outro aspecto essencial. O empregado que exerce cargo de confiança normalmente não tem controle de jornada. Isto, entretanto, não é um pressuposto para a configuração do exercício do cargo de confiança. É um efeito aplicável a alguém que, por receber remuneração flagrantemente acima dos padrões médios dos demais empregados da empresa e mesmo do mercado naquela área de produção, trabalha normalmente acima da jornada normal. Ele não tem jornada controlada porque é remunerado de modo a se dedicar à empresa com diligência ainda maior do que os empregados comuns e, com isto, gastar mais tempo, sem as amarras de ter que chegar ou sair em horários definidos. Não é incomum que chegue antes e saia depois, sem qualquer previsibilidade ou possibilidade de antecipação de que será seu dia. O pressuposto da ausência de fiscalização de jornada é neste caso irrelevante, porque não prova o cargo de gestão do empregado e a remuneração especial e porque ela será, em grande medida, controlável. Ele incide apenas na excludente que é o trabalho externo (art. 62, I). O empregado de confiança típico costuma trabalhar dentro do(s) estabelecimento(s) e é acessado diretamente no curso de todo o dia. O controle de sua jornada é possível ainda que não haja registro, porque sua disponibilização é por tempo superior ao dos demais empregados e o contato com ele faz-se a qualquer hora pelos integrantes dos níveis de gerência superior e pelos subordinados a buscarem diretivas e linhas de solução para suas operações.

A irritação da juíza, então, é ser obrigada a fazer inúmeras perguntas sobre a importância das atividades gestão da empresa e lavrá-las em páginas e páginas, quando, tendo abertas à sua frente as folhas do processo em que estão os contracheques, sabe que empregado auferia um valor de poucos salários mínimos (2 a 5 salários mínimos, como é comum). Muitas vezes disse isto no curso das audiências, no entremeio das perguntas, sobre se ele admitia e despedia, se advertia, sobre quantos subordinados tinha. E muitas vezes já enfrentei nas minutas de decisão vindas dos assessores em fase de aprendizagem uma profusa descrição da importância das tarefas sem a menção a quanto o empregado recebia por isto. Neste último caso, a providência primeira tem sido ir à parte dos autos em que estão contracheques e não é incomum que a proposta de voto seja totalmente revista com a substituição da vasta descrição de atividades por algumas linhas: O empregado realmente exercia importantes atividades de gestão, tomando decisões relevantes para o rumo da empresa e controlando o trabalho de vários subordinados. Mas para fazer tudo isto ganhava o equivalente a 4 salários mínimos e não está abrangido pela exclusão do art. 62, II da CLT.

O percentual de 40% não pode ser considerado como dado de vinculação apenas aritmética. Tudo vai depender da base sobre a qual o percentual incide, para que se avalie o peso do salário e, com isto, a natureza das funções de gestão desenvolvidas. Há que se considerar também a contextualização da empresa e das atividades do empregado dentro da perspectiva costumeira da experiência trabalhista. O salário mínimo constitui um meio razoável para situar o nível da contraprestação nessa esfera analógica do mercado, porque define o padrão de vida que ele terá com a remuneração pelo tempo que destina à empresa. Concluindo-se, do exame de seu salário, que a gerência era de caráter intermediário, exigindo-lhe apenas a técnica de condução de rotinas da atividade, são devidas as horas extras.

CONCLUSÕES

Na citação que abre este artigo, as respostas de Tom Jobim não correspondem às perguntas do cronista na sua literalidade. Mas ali cuida-

se de poesia e música e o cronista sabe, e deixa isto nas entrelinhas, que o compositor falava de muito mais do que ele poderia alcançar com as respostas previsíveis. Ali o entrevistado revelou-se no inesperado e deixou marcado o que era.

O processo de conhecimento dos fatos, no que concerne ao modo como os empregados disponibilizam seu tempo para as empresas, exige perguntas contextualizadas e respostas que permitam a identificação de modos de fazer que vão além do sim e do não.

Talvez o *mapa das questões jurídicas* esteja de cabeça para baixo e a pressa dos dias leve-nos a repetir rotinas e esquecer o que acontece na vida vivida.

Se para conhecer a música, observar o voo dos pássaros pode ser essencial, para o direito do trabalho, observar os caminhos dos trabalhadores *enquanto* trabalham e entender porque eles *voam* assim, é fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONARETTI, Loris. *Orario di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1983.

DE GRAZIA, Sebastian. *Tiempo, trabajo y ocio*. Madrid: Tecnos, 1966.

GARCÍA NINET, José Ignacio. *Jornada de trabalho: horario y horas extraordinárias*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1972.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. São Bauru/SP: Edusc, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SUSSEKIND, Arnaldo, LACERDA, Dorval de, VIANA, J. de Segadas. *Direito brasileiro do trabalho*. Rio de Janeiro: A Noite/Livraria Jacinto Editora, 1943, v. 1.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis*

do Trabalho e à Legislação Complementar. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, José de Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 4. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, v. 2.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.