

GERÊNCIAS E CHEFIAS BANCÁRIAS E O DIREITO À HORA EXTRA

Amauri Martins Ferreira*

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Da jornada legal do bancário
 - 2.1. Da não-aplicação das disposições do inciso II, do art. 62, da CLT, ao contrato de trabalho do bancário
 - 2.2. Do alcance das disposições do art. 224, da CLT
3. Das questões de natureza constitucional
 - 3.1. Da não-recepção das disposições da letra “b”, do art. 62, da CLT, pela nova Ordem Constitucional
 - 3.2. Da inconstitucionalidade da Lei 8.966/94
4. Das questões de fato
5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

No trato diário com as lides forenses, quer como advogado quer como Magistrado trabalhista, sempre enfrentamos acirrada cizânia acerca da interpretação do § 2º, do art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho. Esse dispositivo legal contém a seguinte redação: “Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.” (Redação da Lei 7.430/85)

§ 1º. A duração normal do trabalho estabelecida neste artigo ficará compreendida entre sete e vinte e duas horas, assegurando-se ao empregado, no horário diário, um intervalo de quinze minutos para alimentação.

§ 2º. As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalente, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo.” (grifo nosso)

A grande controvérsia gira em torno de entender alguns que essa norma exclui o direito à remuneração do trabalho extraordinário - para as pessoas nele discriminadas - e entender outros que a exceção estabelecida exclui apenas o direito à jornada de seis horas diárias e trinta horas semanais.

A jurisprudência dos tribunais trabalhistas - que também viveram intenso período de divergência – vem sendo pacificada através dos enunciados da jurisprudência uniforme do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a saber: **Enunciado 166 (horas extras)**: “O bancário exercente de função a que se refere o § 2º, do art. 224, da CLT,

*Juiz do Trabalho aposentado - Pós-graduando em Direito Público.

e que recebe gratificação não inferior a um terço do seu salário, já tem remuneradas as duas horas extraordinárias que excedem de seis"; **Enunciado 204 (cargo de confiança)**: "As circunstâncias que caracterizam o bancário como exercente de função de confiança são previstas no art. 224, § 2º, da CLT, não exigindo amplos poderes de mando, representação e substituição do empregador, de que cogita o art. 62, alínea "b", consolidado"; **Enunciado 232 (cargo de confiança)**: "O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, cumpre jornada de oito horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava"; **Enunciado 233 (cargo de chefia)**: "O bancário no exercício da função de chefia, que recebe gratificação não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo, está inserido na exceção do § 2º, do art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, não fazendo jus ao pagamento da sétima e oitava horas como extras"; **Enunciado 234 (cargo de subchefia)**: "O bancário no exercício da função de subchefia, que recebe gratificação não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo, está inserido na exceção do § 2º, do art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, não fazendo jus ao pagamento da sétima e oitava horas como extras"; **Enunciado 237 (cargo de tesoureiro)**: "O bancário investido na função de tesoureiro, que recebe gratificação não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo, está inserido na exceção do § 2º, do art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, não fazendo jus ao pagamento da sétima e oitava horas como extras"; **Enunciado 238 (cargo de subgerência)**: "O bancário no exercício da função de subgerente, que recebe gratificação não inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo, está inserido na exceção do § 2º, do art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, não fazendo jus ao pagamento da sétima e oitava horas como extras"; e, por último, do **Enunciado 287 (cargo de gerência)**: "O gerente bancário, enquadrado na previsão do § 2º, do art. 224 consolidado, cumpre jornada normal de oito horas, somente não tendo jus às horas suplementares, excedentes da oitava, quando investido de mandato, em forma legal, tenha encargo de gestão e usufrua de padrão salarial que o distinga dos demais empregados."

No entanto, no que se refere à função de gerência, a questão - no dia-a-dia forense - está longe da pacificação pretendida no Enunciado 287, pois, tanto advogados quanto magistrados, enfrentam uma pleora de lides fundamentadas na divergência de interpretação, que o mesmo não conseguiu eliminar. Isto porque a súmula, no direito brasileiro, não tem efeito vinculante, e há advogados e magistrados que se rebelam contra aquele entendimento, continuando a controvérsia a flagelar os pretórios trabalhistas.

A análise da legislação sobre o assunto e a reflexão sobre a legitimidade ou não dessa rebeldia dos operadores do direito contra a jurisprudência uniforme consubstanciada no Enunciado 287, do TST, constitui objeto do presente trabalho.

2. DA JORNADA LEGAL DO BANCÁRIO

2.1. Da não-aplicação das disposições do inciso II, do art. 62, da CLT, ao Contrato de Trabalho do bancário

De início, cumpre-nos registrar que as disposições contidas no inciso II, do

art. 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, que afastam as pessoas ali discriminadas, do direito à remuneração de horas extras, não têm qualquer aplicação às relações de trabalho do bancário. Isto porque o Estatuto Consolidado foi sistematizado em 11 (onze) títulos: o primeiro trata da Introdução; o segundo, das Normas Gerais de Tutela do Trabalho; o terceiro, das Normas Especiais de Tutela do Trabalho; o quarto, do Contrato Individual do Trabalho; o quinto, da Organização Sindical; o sexto, das Convenções Coletivas do Trabalho; o sétimo, do Processo de Multas Administrativas; o oitavo, da Justiça do Trabalho; o nono, do Ministério Público do Trabalho; o décimo, do Processo Judiciário do Trabalho; e o décimo primeiro, das Disposições Finais e Transitórias.

Assim, o trato de uma determinada matéria tem como endereço os títulos sistematizados daquele Estatuto, não podendo se pretender buscar as normas relativas ao Contrato Individual do Trabalho, no Título denominado da Justiça do Trabalho e vice-versa. Isso implica que a exegese deve ser sistemática.

O art. 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, está inserido no Título denominado *Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho*, dentro do Capítulo *da Duração do Trabalho*, na Seção II – *Da jornada de Trabalho* – e tem como objetivo discriminar as exceções ao princípio geral da duração máxima do trabalho inscrito no art. 58, desse Estatuto.

Por outro lado, a jornada de trabalho do bancário está disciplinada no Título III, denominado *Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho*, no Capítulo I, denominado *Das Disposições Especiais sobre a Duração e Condições de Trabalho*, na Seção denominada Bancários, regulada pelos arts. 224 a 226, desse Estatuto Consolidado.

Ora, se o Estatuto não pretendesse que ao bancário fossem aplicadas apenas as regras especiais sobre tutela do trabalho, por que incluí-lo em disposições desta natureza? Seria suficiente que fosse o mesmo excluído das normas especiais e, então, estar-se-ia regido pelas normas gerais a que se refere o art. 58 e seguintes.

O Capítulo II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da duração normal do trabalho, e no qual se encontra inserido o art. 62, é introduzido pelo art. 57 cuja redação é a seguinte: “Os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais, constantes do Capítulo I do Título III.” (grifo nosso)

Como o bancário está inserido, exatamente, nas disposições do Capítulo I, do Título III, a que se refere o artigo em comento, a conclusão lógica é no sentido de que a ele não se aplicam as disposições do art. 62, mas apenas o art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, e, interpretação em sentido contrário, não passa de exegese extravagante. A jurisprudência já firmou esse entendimento através do Enunciado 204, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

2.2. Do alcance das disposições do art. 224, da CLT

Afastada a aplicação das disposições do inciso II, do art. 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao bancário, resta perscrutar o verdadeiro sentido e alcance do

§ 2º, do art. 224, do Estatuto consolidado. Entendem alguns operadores do direito que o alcance é o mesmo das normas gerais e outros que a exceção contida afasta apenas o direito à jornada de seis horas, estando as pessoas ali discriminadas sujeitas à jornada máxima legalmente permitida.

A primeira corrente restou majoritária e vencedora no campo da jurisprudência, já que o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, através do Enunciado 287 estabelecido pela Resolução Administrativa 20/80, publicada no DOU de 18.03.88, acolheu, em parte, essa tese, firmando entendimento no sentido de que "O gerente bancário cumpre jornada normal de oito horas, somente não tendo jus às horas suplementares, excedentes da oitava, quando investido de mandato, em forma legal, tenha encargo de gestão e usufrua de padrão salarial que o distinga dos demais empregados."

Do confronto das redações das duas normas jurídicas, isto é, o inciso II, do art. 62 - já consideradas as modificações da Lei. 8.966, de 27.12.94 - e § 2º, do art. 224, da CLT, extrai-se, com facilidade, o entendimento de que guardam entre si diferenças substanciais: a) o inciso II, do art. 62, deixa claro que as pessoas ali discriminadas - embora de forma absolutamente inconstitucional, como a seguir será demonstrado - não fazem jus ao recebimento de remuneração a título de jornada extraordinária; b) no § 2º, do art. 224, da CLT, não contém, explícita ou implicitamente, qualquer disposição nesse sentido, pois o que a norma quis dizer é que as pessoas por ela discriminadas não se encontram inseridas nas disposições do *caput* do artigo, ou seja, não estão sujeitas à jornada diária de 6 horas, mas, evidentemente, à jornada máxima constitucionalmente admitida.

A norma que regula a duração do trabalho do bancário é norma especial - assim caracterizada pelo art. 57, da Consolidação das Leis do Trabalho - imperativa e de ordem pública. Para o saudoso hermeneuta Carlos Maximiliano, "As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingindo aquele escopo, nada se deve aditar em suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, muito menos para analogia." (Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: 11. Ed. Forense, 1991, p. 233) (grifo nosso)

A razão jurídica para essa regra é muito simples. É que, se se admitisse a exegese extensiva, o objetivo da norma especial, seja ela proibitiva ou imperativa, restaria inteiramente frustrado, posto que ocorreria sua absorção pela norma geral.

Ante esse quadro, a conclusão a que se chega é no sentido de que o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, para cristalização do entendimento consubstanciado no Enunciado 287, de sua súmula de jurisprudência uniforme, além de invadir competência legislativa do Congresso Nacional ao criar requisito de ordem material, utilizou a exegese extensiva, imprópria para o caso concreto, transformando uma norma especial, de caráter imperativo, em norma geral, frustrando a intenção do legislador de dar proteção a determinada categoria de trabalhadores, em face da peculiaridade profissional, como estabelecido no art. 57, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Vê-se, pois, que a jurisprudência, além de violar o art. 57, do Estatuto

Consolidado, cometeu dois desatinos jurídicos insustentáveis: a) invadiu competência legislativa do Congresso Nacional, acrescentando à norma reguladora exigências de natureza material (mandato em forma legal) e, ab-rogando-a, introduziu restrição de direitos, contraditoriamente, em razão de encargos funcionais, condutas que só a lei pode instituir, se o permitir a Constituição Federal; b) utilizou exegese extensiva imprópria, ante a natureza especial e imperativa da norma interpretada. E, com esse procedimento, o alcance da norma especial, que apenas exclui as pessoas discriminadas da jornada de seis horas diárias e 30 horas semanais, ficou total e ilegalmente subvertido.

2.3. Das questões de natureza constitucional

Além dos deslizes jurídicos contidos na súmula 287, do TST, há duas outras circunstâncias de alta relevância e que sustentam a legitimidade do inconformismo da corrente que insiste em se rebelar contra a jurisprudência sumulada: a) a não-recepção, pela Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, das disposições contidas na letra “b”, do art. 62, da CLT; b) a inconstitucionalidade da Lei 8.966, de 27 de dezembro de 1994, que transformou a referida letra em inciso II, introduzindo, ainda, novos tipos legislativos.

2.3.1. Da não-recepção das disposições da letra “b”, do art. 62, da CLT, pela nova Ordem Constitucional

O art. 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, até 17 de maio de 1985, continha, além do *caput*, as letras “a”, “b”, “c” e “d”. A Lei 7.313, de 17.05.1985, suprimiu a letra “b”, passando a letra “c”, que se referia a gerentes, a figurar como letra “b”. Em 27 de dezembro de 1994, foi editada a Lei 8.966, que alterou as disposições do art. 62, inclusive o *caput*, transformando a letra “b” em inciso II, com acréscimos de outros tipos legislativos. Feitos esses esclarecimentos, justificamos, em seguida, nossa tese no sentido da não-recepção da letra “b”, do art. 62, pela nova Ordem Constitucional instituída em 5 de outubro de 1988.

A primeira consequência jurídica da promulgação de uma nova Constituição Federal é a supressão de todo o ordenamento jurídico então vigente, seja constitucional, seja infraconstitucional. Apenas, por medida de economia legislativa, a nova Constituição recebe e integra à nova Ordem Jurídica por ela instituída a legislação infraconstitucional, naquilo em que com ela não for incompatível. É o fenômeno que os constitucionalistas denominam de recepção.

Nesse sentido doutrina Celso Ribeiro Bastos, em síntese do teor seguinte: “Recepção vem a ser, pois, o acolhimento que uma Constituição posta em vigor dá, nesse momento, às leis infraconstitucionais que a antecedem. Elas são, portanto, acolhidas, recebidas, recepcionadas e continuam a vigorar debaixo da nova Constituição. Eis que esta, pela sua própria natureza, não procura senão mexer com as vigas mestras estruturais do Estado, sem entrar nos detalhes, nas minúcias da legislação.

A condição, no entanto, inafastável é que a norma a ser recebida mantenha

uma relação de compatibilidade com o texto constitucional – não apresente nenhuma possibilidade de contradição, nenhuma distância entre as normas contidas na Constituição, inclusive as que limitam a consagrar valores e a fixar diretrizes, e o conteúdo da norma propriamente a ser recepcionada. Todas as vezes que esta esbarrar com o texto constitucional, quer na sua literalidade, nos seus princípios, nos seus valores, ou quer, ainda, nas disposições programáticas – em quaisquer dessas hipóteses – a norma não transpõe os obstáculos para a recepção e torna-se também uma norma destituída de eficácia e que acompanha a revogação por que passou a Constituição anterior. Não ingressa na nova ordem jurídica; permanece soterrada junto às demais normas constitucionais e infraconstitucionais que, por não se compatibilizarem com a nova Constituição, deixam de poder beneficiar-se do instituto da recepção.” (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 174/175)

Pois bem, a legislação trabalhista foi consolidada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, sob a égide da Constituição do Estado Novo, outorgada em 10 de novembro de 1937, passando pelas Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969.

O novo Estado Brasileiro instituído por uma Assembléia Nacional Constituinte (Congresso Nacional Constituinte?) investida de Poder Constituinte originário, tem como objetivo assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar social, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade justa e fraterna, pluralista e sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade ou condição social, fundada na harmonia social; e, ainda, comprometida com a dignidade da pessoa humana, com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – observado o fim social da propriedade – com o bem de todos, sem preconceito e quaisquer outras formas de discriminação e com a igualdade de todos perante a lei.

Ao ser promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, todo o ordenamento jurídico então vigente foi suprimido: a Constituição, pela revogação; a legislação infraconstitucional, pela perda de eficácia. Apenas, em face do princípio da recepção, integrou à nova ordem jurídica estabelecida pela *lex fundamentalis*, a legislação infraconstitucional que com ela não colida ou contrarie os princípios por ela consagrados.

Essa nova ordem jurídica atribui ao trabalhador um elenco de direitos sociais, onde se insere no art. 7º, inciso XIII, a 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; e, no inciso XVI, do mesmo artigo, o direito à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo a cinquenta por cento à hora normal.

E, quando assim procedeu, o fez de forma explícita, direta, e não admitiu qualquer exceção em razão de pessoa, sexo, condição social ou tipo de atividade exercida. Muito pelo contrário, veda a novel Constituição a discriminação de qualquer natureza, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, inclusive proibindo a distinção de trabalho manual, técnico e intelectual entre os profissionais respectivos.

Quando a Constituição quis admitir a discriminação, fê-lo expressamente no

inciso XXXIII, do art. 7º, proibindo o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho aos menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz.

A conclusão lógica é no sentido de que as disposições da letra “b”, do art. 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, que à época se encontravam em vigor, e que foram suprimidas pela nova Constituição, não foram por esta recepcionadas, em face da sua incompatibilidade com a literalidade do art. 7º, incisos XIII e XVI, e, também, com os novos princípios por ela adotados, ficando, na lição do emérito constitucionalista citado “... soterradas junto às demais normas constitucionais e infraconstitucionais”.

Na mesma via transita o Enunciado 287, do TST. É que ele foi estabelecido pela Resolução Administrativa 20/80, publicada no DOU de 18 de março de 1988; portanto, antes da promulgação da Constituição Federal que se deu em 5 de outubro daquele ano. Ainda que a ele não se possa atribuir a eiva de inconstitucionalidade, posto que não tem caráter normativo, sua ineficácia é patente, em face de sua orientação colidir com os incisos XIII e XVI, do art. 7º, da Constituição Federal.

2.3.2. Da inconstitucionalidade da Lei 8.966/94

Afastadas as disposições da letra “b”, do art. 62, da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 – primeiro pela perda de eficácia e depois pela não-recepção – a Lei 8.966, editada em 27 de dezembro de 1994, reintroduziu no ordenamento jurídico infraconstitucional, como inciso II, do art. 62, do Estatuto Consolidado, a hedionda discriminação.

Acontece que, pelas mesmas razões invocadas para a não-recepção da letra “b” pela nova Constituição Federal, a reintrodução do preceito na legislação infraconstitucional é destituída de eficácia jurídica, posto que sua inconstitucionalidade é patente, em face de sua colisão com a literalidade dos incisos XIII e XVI, do art. 7º, da Lei Maior, e com os princípios da igualdade de todos perante a lei, bem como ante o princípio da não-discriminação, todos incorporados pela nova Ordem Constitucional.

Como bem assinalado por Francisco Campos, “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou a lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.” (*Apud*, POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 119)

Para Ronaldo Poletti, aplica-se à hipótese o princípio consagrado na parêntese latina *quod nullum est, nullum effectum producit*. “Se a lei é contrária à Lei Maior, ela não é lei ou nunca assim existiu. É nula, não meramente anulável. Se restar provado que um ato legislativo é nulo, para todos os efeitos legais é como se nunca tivesse existido. Não pode servir de fundamento para os negócios jurídicos, não cria direitos, não protege pessoas que tenham agido sob sua égide e não deve considerar violador da lei aquele que se tenha recusado a obedecer ao ato legislativo, agora considerado nulo.” (Cf. POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, p. 119/120)

Para Alfredo Buzaid, “A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único

momento de validade.” (*Apud*, POLETTI, Ronaldo, *in op. cit.*, p. 120)

Digno de registro é o fato de, em face da instalação da nova ordem constitucional, ter-se aceitado na comunidade jurídica, com muita naturalidade, a supressão de alguns privilégios legais, como a proibição do trabalho da mulher em jornada noturna (art. 379, da CLT), nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras públicas ou particulares e nas atividades perigosas e insalubres (art. 387, da CLT), exatamente, com fundamento no princípio por ela consagrado da não-discriminação por motivo de sexo (Cf. Lei 7.855, de 25.10.1989).

Ora, é um contra-senso aceitar-se, com tanta naturalidade, a extinção de um privilégio legal, por ser incompatível com a nova ordem jurídica instalada – em obediência ao princípio da não-discriminação – e insistir-se na manutenção de um gravame, agora ampliado com outros tipos legislativos, que fere o mesmo princípio.

Conclusão negativa, *data venia*, agasalha e sanciona, no mínimo, o enriquecimento ilícito, que tanto repugna à consciência jurídica no mundo moderno. É que repugna à comunidade jurídica e à nova Ordem Constitucional, tanto o pagamento sem trabalho quanto o trabalho sem contraprestação salarial.

O compromisso do juiz é com a Constituição, que jurou e tem o dever de defender. Quando se fala em devido processo legal, têm-se em mente aqueles princípios estabelecidos na Constituição Federal, e não nas normas infraconstitucionais, que devem, sob pena de ineficácia, com ela se compatibilizar. É que, como bem assinalado por Paulo Fernando Silveira, “... ocorre a prevalência da Constituição (vontade do povo) sobre as leis (vontade dos representantes), já que o representante não é maior que o representado”. (Cf. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: 2ª ed. Del Rey, 1997, p. 282)

Para Ronaldo Poletti, “O importante está em que a lei inconstitucional não é lei; portanto, ela não obriga, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Diante dela não cabe a lição de Sócrates, ao assumir a defesa das normas tradicionais da Pólis, respeitando a lei humana e reclamando o seu cumprimento, mesmo quando ela o faz morrer de modo injusto (...) A lei a ser respeitada e cumprida, em quaisquer circunstâncias, é a Constituição, não a que a desrespeita.” (Cf. *op. cit.*, p. 129)

Assim, para o juiz, a primeira base de orientação do julgamento, depois do fato, é o Direito Constitucional; a norma infraconstitucional só regula as particularidades de princípios estabelecidos pelas normas constitucionais programáticas, que se limitam a consagrar valores e a fixar diretrizes, ou pelas normas de eficácia contida sujeitas a restrições de ordem legal; mesmo assim, sem contrariá-las, não podendo, jamais, contrapor aos princípios constitucionais estabelecidos.

Por último, não se pode olvidar, também, a circunstância de que, em matéria de Direito Constitucional, a norma que tem eficácia plena não pode ser alterada, ou mesmo regulamentada, por via de legislação infraconstitucional; e o art. 7º, da Constituição Federal/88, é uma norma de eficácia plena, que independe e não aceita qualquer regulamentação infraconstitucional. Desse modo, não pode a lei ordinária alterar-lhe a literalidade ou espírito, como efetivamente ocorreu com a Lei 8.966/94, cuja eficácia jurídica é nenhuma.

Afastadas, assim, as normas infraconstitucionais do mundo jurídico e

reconhecida a ineficácia do Enunciado 287, do TST, como acima plenamente demonstrado, e provado que seja o trabalho além da jornada máxima admitida pela Constituição Federal, em proveito e benefício do empregador, que teve seu patrimônio acrescido pelo esforço físico ou intelectual do trabalhador – qualquer que seja o cargo ou função por ele exercida – não há qualquer suporte jurídico, moral, ético ou de equidade, para sustentar a negativa de seu direito à contraprestação salarial correspondente à jornada extraordinária.

3. DAS QUESTÕES DE FATO

A despeito da questão legal, que entendemos devidamente esclarecida, não se podem desprezar, na composição da lide ou ajustamento do direito ao caso concreto, aquelas situações de fato capazes de infirmar o direito, tais como a circunstância de não estar o empregado sujeito a cumprimento de jornada, nem a controle de presença por quaisquer meios, além da existência de acordo ou convenção coletiva para compensação de horários, e que tenha efetivamente ocorrido. Assim, a ausência de direito do empregado ao recebimento de horas extras não se prende a questão de ordem legal, ou a razão de encargo funcional, como pretende o Enunciado 287, do TST, mas somente às questões de fato a serem apuradas no caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a conclusão lógica é no sentido de que o § 2º, do art. 224, da Consolidação das Leis do Trabalho, só exclui as pessoas por ele discriminadas da jornada diária de seis horas e trinta horas semanais; e, *ipso facto*, é legítima a rebeldia dos advogados e magistrados que não acatam o entendimento jurisprudencial uniformizado pelo Enunciado 287, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, posto que o mesmo, além de invadir competência legislativa, criando requisitos de forma e restringindo direitos, infringe as disposições do art. 57, da Consolidação das Leis do Trabalho, quando, desprezando a interpretação sistemática, agasalha exegese extensiva impossível de ser implementada, ante o caráter imperativo e de ordem pública da norma especial interpretada.

Além disso, ainda que admitida fosse a exegese extensiva, não teria a mesma qualquer eficácia jurídica, em face da não-recepção das disposições da letra “b”, do art. 62, da CLT, pela Constituição Federal em 05.10.88 e da inconstitucionalidade da reintrodução do preceito discriminatório pela Lei 8.966/94, que colide com a literalidade dos incisos XIII e XVI, do art. 7º, da Carta Constitucional, e com os novos princípios por ela adotados.

Assim, a partir da promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, todo o excesso de jornada, não acobertado pela compensação devidamente acordada, deve ser considerado como extra, com direito ao recebimento pelo empregado do equivalente em dinheiro, com o acréscimo mínimo de cinquenta por cento, qualquer que seja o cargo ou a função por ele exercida.

Excluem-se desse entendimento, obviamente, os cargos de Diretoria (encargo de gestão), posto que Diretor - eleito por Assembléia Geral de S.A., qualquer que seja

seu objeto, e na forma do art. 143, da Lei 6.404, de 12 de dezembro de 1976 - não é empregado e tem sua remuneração fixada na forma prevista no art. 152 do mesmo diploma legal; quando se tratar de empregado, ao ser eleito Diretor, tem seu contrato de trabalho suspenso, conforme entendimento jurisprudencial pacificado no Enunciado 269, do TST.

No entanto, não se devem desprezar as questões de fato capazes de infirmar o direito, tais como a circunstância de não estar o empregado sujeito a cumprimento de jornada nem a controle de presença por quaisquer meios, além da existência de acordo ou convenção coletiva para compensação de horários, que tenha efetivamente ocorrido.