

O ARTIGO 62, I, DA CLT – HISTÓRICO – O REGIME DE DURAÇÃO DO TRABALHO – EXCEÇÃO QUE CONFIRMA A REGRA – INTERPRETAÇÃO – CONCREÇÃO

Claudio Araujo Santos dos Santos ()*

Recentemente, no artigo “O sistema jurídico nacional e a inexistência do poder fiscalizatório na atividade do propagandista de medicamentos”⁽¹⁾, foi realizada uma abordagem de nosso sistema jurídico frente ao art. 62, I da CLT, especificamente para a atividade (fato) do propagandista de medicamentos.

Naquela oportunidade, foi examinado o poder fiscalizatório (ou poder de controle) como uma das subespécies do poder empregatício, o seu regramento, na CLT, no Título II (DAS NORMAS GERAIS DE TUTELA DO TRABALHO), em seu Capítulo II (DA DURAÇÃO DO TRABALHO), e as atividades que estão expressamente excluídas deste poder fiscalizatório, entre as quais se destaca o exercente de atividade externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho (art. 62, I, da CLT).

Ao final, após exame daquilo que é determinado no dispositivo legal em referência frente às características da atividade exercida pelo propagandista de medicamentos (ou atividade similar), concluía o estudo que a atividade destes profissionais, efetivamente (na prática), é incompatível com a possibilidade de o empregador fixar o que marca o início e o fim da jornada de trabalho.

E quais são os motivos/razões que me fazem pensar desta forma e acreditar nisto?

Além daquelas já trazidas no artigo anteriormente mencionado, outras, de origem histórica, legislativa (sistema), jurisprudencial e também interpretativa me levam à mesma conclusão.

1. Evolução histórica da legislação

Sabemos que a legislação (gênero), ainda que não na mesma velocidade, vai se alterando/renovando em decorrência de alterações na sociedade e, especificamente, a legislação trabalhista (espécie) vai se alterando/renovando de acordo com a evolução das relações de trabalho.

E como estava escrito o art. 62 da CLT, desde sua origem, em 1943?

Em sua redação original, o dispositivo em comento estava assim redigido:

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

a) os vendedores praticistas, os viajantes e os que exercem, 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;

b) os vigias, cujo horário, entretanto, não deverá exceder de dez horas, e que não estarão obrigados à prestação de outros serviços, ficando-lhes, ainda, assegurado o descanso semanal;

c) os gerentes, assim considerados os que investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos

(*) Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho — Unisinos. Curso de Preparação à Magistratura do Trabalho — FEMARGS. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas PUCRS/CNPQ Relações de Trabalho e Sindicalismo.

(1) SANTOS, Claudio Araujo Santos dos. O sistema jurídico nacional e a inexistência do poder fiscalizatório na atividade do propagandista de medicamentos: uma análise fático-jurídica. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 37, n. 438, p. 67-84, jun. 2020.

de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, só diferenciem aos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal;

d) os que trabalham nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos sujeitos a regime especial.”

Posteriormente, a Lei n. 7.313, de 1985, suprimiu o inciso “b”, sem qualquer alteração na alínea “a”, passando o dispositivo legal em referência ter a seguinte redação:

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

a) os vendedores praticistas, os viajantes e os que exerceram, 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;

b) os vigias, cujo horário, entretanto, não deverá exceder de dez horas, e que não estarão obrigados à prestação de outros serviços, ficando-lhes, ainda, assegurado o descanso semanal; (Suprimida pela Lei n. 7.313, de 1985)

b) os gerentes, assim considerados os que investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, só diferenciem aos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal; (Renumerada pela Lei n. 7.313, de 1985)

c) os que trabalham nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos sujeitos a regime especial. (Renumerada pela Lei n. 7.313, de 1985)”

Especificamente em relação à questão em debate (jornada externa), a alínea “a” trazia duas hipóteses objetivas de funções/atividades (*os vendedores praticistas, os viajantes*), incluía uma situação/atividade bastante abrangente (“... e os que exerceram, em geral, funções de serviço externo”) e trazia apenas um requisito formal para a exceção (“... não subordinado a horário...”), sendo significativamente “aberto” o dispositivo legal.

Ao final de 1994, o art. 62 da CLT teve uma alteração sensível, passando a ter apenas dois incisos, sendo que o relacionado à jornada externa passou a ser assim redigido, permanecendo o requisito objetivo de necessidade de anotação na CTPS e no livro de registro de empregados, requisito este existente desde a primeira redação do dispositivo legal em comento:

“Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

I — os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

(...)”

O que se observa é que o legislador trouxe sensível alteração na forma como passou a entender o que seria uma das exceções ao regime de duração do trabalho (exercentes de jornada externa), tornando-se muito mais restritivo, literal e específico.

Com efeito, se antes o legislador considerava como uma hipótese de exceção ao regime de duração do trabalho, na alínea “a”, “os vendedores praticistas, os viajantes e os que exerceram, em geral, funções de serviço externo *não subordinado a horário...*”, a partir de dezembro de 1994, considerou esta exceção, no inciso I, apenas para “os empregados que (sic) exercem atividade externa *incompatível com a fixação de horário de trabalho...*”, sendo significativamente “restrito e específico” o dispositivo legal.

Antes, a lei excetuava os vendedores praticistas e os viajantes (hipóteses taxativas de atividades profissionais — categoria diferenciada — quadro referido no art. 577, da CLT) e *todos aqueles que exercessem, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário*.

Agora, a lei excetua apenas os empregados que exercem atividade externa *incompatível com a fixação de horário de trabalho*, existindo uma profunda diferença entre as duas hipóteses legais (anterior e a vigente), a começar pela generalidade e amplitude/abrangência do dispositivo legal anterior.

Pela redação do dispositivo anterior não precisava nem mesmo que o exercício da função de serviço externo fosse realizado SEMPRE, bastando a realização deste serviço QUASE SEMPRE (poderiam trabalhar internamente algumas vezes), desde que não fosse subordinado a horário, ou seja, bastava que não existisse a contratação/pactuação de um horário de trabalho.

Ademais, a grande parte das decisões que entendiam não estar inserido determinado trabalhador na hipótese da exceção ao regime de duração do trabalho estavam fundamentadas *no fato* deste trabalhador, embora *sem estar formalmente* subordinado a horário (“... não subordinado a horário...”), ser controlado pelo empregador, *indiretamente*, por sistemas e/ou, o que, *na prática*, segundo este entendimento, demonstraria uma subordinação a horário de trabalho e, portanto, afastaria a hipótese legal de exceção.

Por outro lado, com a nova redação do dispositivo legal em análise, há uma sensível alteração na maneira como o legislador passou a entender esta exceção.

Como se verifica, o texto legal passou a ser extremamente fechado/literal e restritivo, ou seja, *somente* estariam incluídos na exceção do regime de duração de trabalho constante do Título II e Capítulo II, da CLT, aqueles “... empregados que exercem atividade externa *incompatível com a fixação de horário de trabalho*”.

O que antes era dirigido para “os vendedores praticistas, os viajantes e os que exerceram, em geral, funções de serviço externo *não subordinado a horário*”, o que é uma questão apenas formal, hoje é dirigido, *unicamente*, aos “empregados que exercem atividade externa *incompatível com a fixação de horário de trabalho*”, uma situação fática/material, ocorrendo uma

sensível alteração na forma como o legislador passou a entender e reconhecer esta exceção.

O que o legislador quis dizer com a expressão “incompatível com a fixação de horário” quando coloca os empregados que exercem atividade externa como sendo uma exceção ao Capítulo da CLT que trata da duração do trabalho?

Como já visto, *incompatível* é um adjetivo que significa “aquilo que não pode coexistir com outra coisa, inconciliável, incombinável, que não pode ser simultaneamente utilizado/exercido; que não se pode harmonizar com”.

Fixação é um substantivo feminino que significa “o ato de fixar, de estabelecer, de tornar estável”.

Horário de trabalho, por sua vez, significa o que marca o começo e o fim da jornada de trabalho.

Traduzindo, o artigo em questão determina que *estão fora do regime previsto no Capítulo que regula a duração do trabalho, aqueles que exercem atividade externa que seja inconciliável com o ato de fixar o que marca o começo e o fim da jornada de trabalho*.

Ou seja, estão incluídos na exceção do regime de duração do trabalho, todos aqueles exercentes de atividade externa em que o empregador (é só dele o direito de fiscalizar o horário de trabalho) não tenha meios de fixar o horário exato em que a jornada de trabalho iniciou e terminou.

Posteriormente, com a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), foi inserido o inciso III, que incluiu o teletrabalho entre as hipóteses que contemplam categorias que estariam afastadas do regime da duração de trabalho, assim dispondo:

“(…)

III — os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).”

E a inclusão do teletrabalho entre as hipóteses que estão excluídas do regime da duração do trabalho vai ao encontro da hipótese de exclusão referente aos exercentes de jornada externa, na medida em que as duas hipóteses (atividades) são incompatíveis com a fixação do horário de trabalho.

E isto fica muito claro, inclusive, pela caracterização do teletrabalho, que é trazida no mesmo Título II, em seu Capítulo II-A, especificamente no art. 75-B, da CLT.

Com efeito, diz o citado dispositivo legal:

“Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços *preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação* que, *por sua natureza, não se constituam como trabalho externo*.” (grifos do autor)

O que se verifica é que o legislador caracterizou o teletrabalho como sendo uma atividade realizada preponderantemente fora das dependências do empregador, *com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação*, a qual, por sua natureza (= apenas pela maneira como é realizada), *não se constitui como trabalho externo*.

Ou seja, o trabalho externo não tem a mesma natureza do teletrabalho, entretanto, ambos são incompatíveis com a fixação do horário de trabalho, pois são realizados longe da presença do empregador e, *mesmo com a utilização de tecnologias de informação e comunicação*, estas não permitem que o empregador possa *fixar* — mesmo que assim desejasse — o que marca o início e o final da jornada de trabalho.

À vista disso, fazendo uma análise histórica, antes (até dezembro de 1994), o legislador se preocupava, unicamente, para caracterizar a exceção relacionada ao trabalhador externo, que este *não estivesse subordinado a horário*.

Justamente por esta definição/caracterização para a exceção ao regime de duração do trabalho (*a não subordinação a horário* daqueles trabalhadores que, *em geral*, realizavam atividade externa) que boa parte da jurisprudência pátria, para afastar a aplicação da exceção da então alínea “a”, do art. 62 da CLT, fundamentava esta decisão *no fato* do(a) trabalhador(a), embora *sem estar formalmente* subordinado a horário, ser controlado pelo empregador, *indiretamente*, por sistemas e/ou, o que, *na prática*, segundo este entendimento, demonstraria uma subordinação material a um horário de trabalho.

E tal entendimento, mesmo com a sensível alteração do dispositivo legal em comento, a contar de dezembro de 1994, (funções de serviço externo *não subordinado a horário* para empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho) passando de um limitador formal para um limitador material, foi mantido pelos tribunais pátrios, pelo mesmo fundamento (existência de um controle indireto ou a possibilidade de um controle indireto, através dos sistemas de visitação).

Contudo, como já mencionado, os meios tecnológicos e/ou sistemas utilizados pelos exercentes de jornada externa não permitem, *de forma nenhuma*, que o empregador — único detentor do poder fiscalizatório — consiga fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho.

E não se diga que nos sistemas aparecem os horários das visitas, pois, estes horários, ou estão predefinidos no próprio sistema (8h, 9h, 10h, 11h) ou são escritos pelo próprio funcionário, entretanto, o empregador, tanto em um caso como no outro, não sabe, *de forma nenhuma*, se aquilo que está marcado ao lado do horário predefinido no sistema e/ou anotado no sistema pelo empregado é efetivamente o horário em que ocorreu, pois o empregador:

- 1) Não enxerga esta atividade;
- 2) Não tem como saber o efetivo horário em que ela ocorreu;
- 3) Quanto tempo efetivamente durou;
- 4) O que foi feito, efetivamente, neste período “anotado”;
- 5) Se aquele horário anotado corresponde à jornada efetivamente realizada.

De outra parte, não se pode dizer/defender que outros colegas podem comprovar este horário, predefinido no sistema e/ou anotado no sistema pelo próprio empregado, pois todos eles trabalham sozinhos visitando médicos (em regra).

Isto significa que o empregador não tem nenhuma forma de fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho destes profissionais. Não é que ele não queira!! Ele não tem como fazer isto!!! O sistema utilizado pelos propagandistas não permite que o empregador tenha qualquer condição de fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho

Reitero! Foi justamente por este motivo que o legislador, na Reforma Trabalhista de 2017, incluiu o teletrabalho entre as exceções ao regime de duração do trabalho, pois este, assim como aquele exercido pelos que realizam atividade externa, utilizam tecnologia de informação e comunicação (= sistemas) e estas não permitem que o empregador tenha qualquer condição de fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho daqueles.

Aliás, tal situação/entendimento, *no sentido de que os equipamentos tecnológicos e/ou sistemas utilizados não permitem que o empregador consiga fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho é, inclusive, reforçada por algumas cláusulas de normas coletivas relacionadas a algumas categorias profissionais e econômicas de vários estados de nossa Federação, como, exemplificativamente, Rio Grande do Sul e São Paulo, respectivamente, em relação aos propagandistas de medicamentos:*

CCT SINPROVERGS X SINDICATO DA INDÚSTRIA DOS PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO RS

SINDICATO DAS EMPRESAS DO COMPLEXO INDUSTRIAL DA SAUDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDICIS, CNPJ n. 92.960.855/0001-82, neste ato representado(a) por seu Procurador, Sr(a), SERGIO ROBERTO DA FONTOURA JUCHEM e por seu Presidente, Sr(a), THOMAZ NUNNENKAMP e por seu Procurador, Sr(a), KATIA ALCALDE MEIRA PINHEIRO;

E

SINDICATO PROP PROP VEND E VEND PROD FAR DO ESTADO RGS, CNPJ n. 92.958.974/0001-09, neste ato representado(a) por seu Presidente, Sr(a), SILVIO LUIZ NASSUR FERREIRA;

celebram a presente CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, estipulando as condições de trabalho previstas nas cláusulas seguintes:

CLÁUSULA VIGÉSIMA - DESPESAS COM COMUNICAÇÃO

As empresas, que não fornecem telefone celular e acesso à internet, reembolsarão aos empregados as despesas incorridas com esses equipamentos, quando utilizados em serviço, comprovadas através de relatório mensal, até o limite mensal de R\$ 112,00 (cento e doze reais) a partir de 01/03/2019. A utilização destes equipamentos não configura qualquer tipo de controle de jornada.

CCT SINPROVESP X SINDUSFARMA SP

Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2021

Entre as partes, de um lado o SINDICATO DOS PROPAGANDISTAS, PROPAGANDISTAS-VEENDEDORES E VENDEDORES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINPROVESP, Registro Sindical n.º 311.522/77, inscrito no CNPJ: 61.762.043/0001-07, com endereço à Rua Itapeva, 221 Bela Vista - São Paulo - SP CEP: 01352-000, e de outro o SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS - SINDUSFARMA, Registro Sindical n.º DNT - 24.611, inscrito no CNPJ: 62.646.633/0001-29, situada à Rua Alvorada, 1.280, Vila Olímpia - São Paulo - CEP: 04550-005, fica estabelecida a presente CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, na forma dos artigos 611 e seguintes da CLT, mediante as condições que seguem:

17.4 Despesas com Comunicação

17.4.1 Os Empregados que utilizarem qualquer meio de comunicação eletrônico/telemáticos, terão reembolsadas suas despesas desde que comprovadas, através de relatório de despesas mensais, até o limite de R\$ 103,00 (cento e três reais), solicitadas no prazo de 30 (trinta) dias, após a data da efetiva ocorrência.

17.4.2 Este reembolso não se aplica às Empresas que já concedam ferramentas de comunicação devidamente habilitadas.

17.4.3 A utilização dos equipamentos corporativos eletrônico/telemáticos deve ser de uso exclusivo da atividade profissional, não configurando qualquer tipo de controle de jornada de trabalho ou supervisão, inclusive para fins de caracterização de trabalho extraordinário.

Como se observa, aquilo que está expressamente mencionado na nossa legislação a respeito da questão (quando conceitua o teletrabalho⁽²⁾ "... com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo") e o exclui daquelas situações em que estariam abrangidas pelas regras relativas ao regime de duração do trabalho⁽³⁾, também é expressamente mencionado em várias normas coletivas, sempre lembrando o Princípio da Autodeterminação Coletiva.

Ou seja, a legislação (lembrando a sensível alteração do final de 1994) e as normas coletivas (atuais) ratificam aquilo que se verifica na realidade: *é impossível, ao empregador* (o que detém o poder fiscalizatório na relação de emprego), por meio de sistemas e/ou qualquer outro aparelho eletrônico, fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho de seus funcionários que trabalham em atividade externa ou que prestam seus serviços à distância (teletrabalho).

O que se verifica, considerando o acima trazido (contexto histórico do dispositivo), é que quando o legislador alterou sensivelmente a redação do art. 62, relativo ao trabalho externo, *antes uma preocupação apenas formal* (não estar subordinado a horário de trabalho), *agora uma preocupação material/fática* (trabalho incompatível com a fixação do horário de trabalho), ele queria exatamente esta única restrição material para que o(a) trabalhador(a) estivesse excluído do regime de duração do trabalho.

Com efeito, as expressões utilizadas pelo legislador (fechadas: incompatível, fixação, horário de trabalho) não permitem outra interpretação que não aquela que decorre da própria leitura, ou seja, estão fora do regime de duração do trabalho aqueles funcionários exercentes de atividades externas que *sejam incompatíveis com a fixação do horário de trabalho, com a fixação do horário que inicia e que termina a jornada de trabalho.*

Isto porque se o legislador quisesse excluir do regime de duração do trabalho apenas aquelas pessoas que o empregador não tivesse condições de saber, pelo menos, onde estivesse e/ou, de forma,

(2) "Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo."

(3) "Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

III — os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)"

suposta ou aproximada, o que estivesse fazendo, ou ainda, apenas aqueles que o empregador não tivesse condições de, pelo menos, mensurar aproximadamente o tamanho da jornada de trabalho, não teria usado as referidas expressões fechadas/taxativas.

Neste caso, certamente, teria incluído na legislação expressões como: incompatível com a mensuração aproximada da jornada de trabalho; incompatível com a localização do trabalhador; incompatível com a mera comunicação, etc. Mas assim não procedeu!!!

O legislador, em 1994, foi taxativo: somente estão excluídos do regime de duração do trabalho aqueles exercentes de atividade externa *incompatível com a fixação do horário de trabalho*.

Como já referido no artigo anteriormente publicado⁽⁴⁾:

“(…) quando a contratação é para trabalhar externamente, a incompatibilidade de fixação de horário já ocorre na formatação do contrato, pois é impossível contratar (fixar) uma jornada para o trabalhador externo. E esta incompatibilidade permanece na execução do contrato de trabalho, na medida em que, de fato e de direito, além de o empregador não ter como fixar um horário na contratação, também não tem como fixar este horário na execução do contrato.”

Não é que o empregador não queira fixar o horário que inicia e que termina a jornada de trabalho diária! Ele não tem como saber (ou assim agir)!!

E, como já mencionado, não se diga que nos sistemas aparecem os horários das visitas, pois, estes horários, ou estão predefinidos no próprio sistema (8h, 9h, 10h, 11h...) ou são escritos pelo próprio funcionário ao lado de cada visita realizada, entretanto, o empregador, tanto em um caso como no outro, não sabe, *de forma nenhuma*, se aquilo que está marcado ao lado do horário predefinido no sistema e/ou anotado no sistema pelo empregado é efetivamente o horário em que ocorreu o trabalho, pois o empregador: 1) Não enxerga esta atividade; 2) Não tem como saber o efetivo horário em que ela ocorreu; 3) Quanto tempo efetivamente durou; 4) O que foi feito, efetivamente, neste período “anotado”; 5) Se aquele horário anotado corresponde à jornada efetivamente realizada.

De outra parte, como também já referido, não se pode dizer/defender que outros colegas de trabalho podem comprovar este horário predefinido no sistema e/ou anotado no sistema pelo próprio empregado, pois todos eles trabalham sozinhos visitando médicos (em regra), inexistindo tal hipótese de prova do fato ocorrido com aquele trabalhador. Todos eles só têm condições de saber o que ocorre (e o horário em que ocorre) com eles mesmos, jamais em relação ao horário de seus colegas!!!

A situação acima é completamente diferente daqueles que trabalham internamente! Como já dito,

nestes casos, o empregador, querendo, *no caso de o empregado estar trabalhando além do horário fixado em seu contrato*, pode pedir para ele ir embora (exercício do poder fiscalizatório cumulado com o poder diretivo). Ou seja, o empregador tem o poder fiscalizatório, que é inerente ao poder empregatício à sua disposição. Pode até não exercer este poder (é um direito), mas pode!!

Ademais, também nestes casos de trabalho realizado internamente, além de todos os mecanismos de proteção aos sistemas de controle de horário (o que será examinado no tópico seguinte), colegas de trabalho podem comprovar se aquilo que está anotado é o que realmente ocorreu, pois trabalham juntos e podem fazer prova do fato de seu colega (ressalvada as raras hipóteses de empregados que trabalhem sozinhos).

Portanto, o entendimento no sentido de que os sistemas utilizados por aqueles trabalhadores (externos) permitem a fiscalização do horário de trabalho — construído com base na redação anterior do dispositivo em exame — não pode ser acolhido.

Logo, é verdadeiro dizer que a evolução histórica do dispositivo legal confirma que o legislador quis excluir do regime de duração do trabalho apenas aqueles trabalhadores cuja a fixação (= fiscalização) do horário que inicia e termina a jornada de trabalho, *pelo empregador* (que é o detentor único do poder fiscalizatório), é impossível de ser realizada.

Mas não é só! Outros fundamentos me fazem entender que o dispositivo legal em análise determina exatamente isto e apenas isto, não sendo permitida qualquer outra interpretação.

2. O regime de duração do trabalho — objetivo principal

Quando examinamos todo o Capítulo relativo ao regime da duração do trabalho (Título II — Capítulo II, da CLT), onde aparecem as 3 exceções no art. 62, verificamos que o princípio legal da República Romana, proposto por Cícero, no sentido de que “a exceção confirma a regra nos casos não excepcionados” (“*exceptio probat regulam in casibus non exceptis*”) é plenamente aplicável ao caso em exame.

A(s) exceção(ões) do art. 62, especificamente os incisos I (objeto do presente estudo) e III — o inciso II trata-se de uma exceção em razão do cargo exercido — confirma(m) a regra nos casos não excepcionados!!

Isto porque investigando minuciosamente o referido Capítulo chegamos à conclusão inequívoca de que o principal objetivo do mesmo é buscar o horário de trabalho correto realizado por todos(as) trabalhadores(as), com exatidão, adotando medidas/regras que busquem exatamente esta situação. Em outras palavras, o Capítulo em referência regula, apenas, os trabalhadores que exercem atividades compatíveis com a fixação do horário de trabalho, ou melhor, do exato horário que marca o início e o final da jornada de trabalho.

Com efeito, todas as regras que constam no referido Capítulo (do art. 57 ao 61 e do art. 63 ao 75), ou

(4) SANTOS, Claudio Araujo Santos dos. O sistema jurídico nacional e a inexistência do poder fiscalizatório na atividade do propagandista de medicamentos: uma análise fático-jurídica. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 37, n. 438, p. 67-84, jun. 2020.

pelo menos a grande maioria delas, tratam do tamanho da duração do trabalho (limites)⁽⁵⁾; regras para a realização de jornada extra e regime de compensação⁽⁶⁾; regras relativas ao descanso interjornadas⁽⁷⁾ e intrajornada⁽⁸⁾; regras relativas ao cartão-ponto⁽⁹⁾

(5) “Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.”

(6) “Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 2001)”

(7) “Art. 66. Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

Art. 67. Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.”

(8) “Art. 71. Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 5º O intervalo expresso no *caput* poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no § 1º poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem. (Redação dada pela Lei n. 13.103, de 2015) (Vigência)

Art. 72. Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.”

(9) “Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída,

etc., todas buscando, em última análise, o correto número de horas realizadas.

Não bastasse as regras constantes deste Capítulo da CLT, oriundas do Poder Legislativo, que buscam o correto número de horas realizadas pelos(as) trabalhadores(as), temos regras específicas, com este mesmo objetivo, oriundas do Poder Executivo (como por exemplo as Portarias ns. 1.510/2009⁽¹⁰⁾ e 373/2011⁽¹¹⁾ do antigo MTE) e também do Poder Judiciário, com várias Súmulas e Orientações jurisprudenciais do nosso Tribunal Superior do Trabalho neste mesmo sentido, como, *exemplificativamente*, as Súmulas ns. 338 e 366, bem como as Orientações Jurisprudenciais ns. 275 e 355⁽¹²⁾.

em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o *caput* deste artigo. (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.”

(10) Objetivos da Portaria n. 1.510 (sistema de registro de ponto eletrônico) são:

- 1 — não restringir o horário para marcação do ponto;
- 2 — não permitir marcação automática do ponto, utilizando horários predeterminados ou o definido em contrato;
- 3 — não deve haver qualquer tipo de autorização prévia para registro de ponto com horas extras;
- 4 — não deve haver nenhum dispositivo para modificar os dados do REP.”

(11) Permitiu a adoção de sistemas alternativos de controle de jornada, desde que autorizada por Convenção ou acordo coletivo, *mas com os mesmos objetivos da Portaria 1.510.*

(12) “SUM-338. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 234 e 306 da SBDI-I) — Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I — É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n. 338 — alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II — A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ n. 234 da SBDI-I — inserida em 20.06.2001)

III — Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ n. 306 da SBDI-I — DJ 11.08.2003)”

“SUM-366. CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (nova redação) — Res. 197/2015, DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal etc.).”

“OJ-SDDI-275. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORISTA. HORAS EXTRAS E ADICIONAL. DEVIDOS (inserida em 27.09.2002). Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional.”

Ou seja, não só o Poder Legislativo (que tem a função precípua de legislar), mas também os outros dois Poderes da República criaram e permanecem criando regras (*lato sensu*) relativas à duração do trabalho que visam evitar equívocos/prejuízos na marcação do horário, buscando, todo o sistema/regras, o alcance do horário correto trabalhado e o pagamento de horas extras ou a compensação da jornada de trabalho quando este número correto de horas (compatíveis com a fixação) é ultrapassado.

Ademais, todas as normas coletivas de categorias profissionais e econômicas *que têm sua atividade compatível com a fixação do horário que marca o início e o final da jornada de trabalho*, por igual, trazem, em suas cláusulas, regras acordadas entre as partes relacionadas à busca do horário correto e suas consequências (pagamento de horas extras com adicionais normativos diferenciados; compensação de horário, etc.), sempre lembrando, mais uma vez, o princípio da autodeterminação coletiva.

Enfim, o objetivo central do regime da duração do trabalho, suas regras (*lato sensu*) ao longo do tempo, sempre foi, e é, a busca pelo horário correto/exato e isto somente é possível para aquelas atividades compatíveis com a fixação, PELO EMPREGADOR (que detém o Poder Fiscalizatório), do que marca o início e o final da jornada de trabalho.

Justamente por isso é que a exceção a este regime de duração do trabalho *só existe* para aqueles exercentes de atividades externas incompatíveis com a fixação do horário de trabalho (o que marca o início e o final da jornada de trabalho), situação esta *também* vivenciada por aqueles exercentes do teletrabalho.

Como dito acima, as exceções do art. 62, especificamente os incisos I (objeto do presente estudo) e III — o inciso II trata-se de uma exceção em razão do cargo exercido —, confirmam a regra do regime de duração do trabalho (= regras que objetivam a obtenção do horário correto de início e final da jornada de trabalho dos empregados que são destinadas, unicamente, aos empregados que tenham sua atividade compatível com a fixação do horário de trabalho) nos casos não excepcionados!!

E tais argumentações ficam completamente ratificadas (sempre lembrando da interpretação sistemática) quando examinamos, exemplificativamente, a grande parte das normas coletivas da categoria profissional dos propagandistas que são firmadas com a categoria econômica da indústria farmacêutica, especificamente, aquelas que têm como representante da categoria econômica o Sindicato da Indústria dos Produtos Farmacêuticos (SINDUS-FARMA/SP).

“OJ-SDII-355. INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.2008). O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.”

Com efeito, nas normas coletivas assinadas pela referida entidade patronal com o sindicato profissional dos propagandistas de vários Estados da Federação (aproximadamente 18), têm, entre suas cláusulas, a seguinte disposição:

CCT SINPROVESP X SINDUSFARMA SP — 2020/2021

27. CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA – JORNADA DE TRABALHO/COMPENSAÇÕES

27.1. A categoria não está sujeita ao controle de jornada, nos termos do inciso “I”, artigo 62, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Como se observa, as próprias entidades representativas das categorias profissional e econômica (registre-se: qualquer delas), representantes dos trabalhadores e dos empregadores, vêm definindo em norma coletiva que a categoria profissional não está sujeita a controle de jornada, sem fazer qualquer exceção a esta regra, o que é outro elemento a ratificar o entendimento acima trazido, no sentido de que o regime de duração do trabalho tem como principal objetivo a inclusão de regras que possibilitem que o empregado registre o horário exato trabalhado e, quando trabalha em jornada superior à legal/contratual, receba o pagamento de horas extras ou compense o horário, caso pactuado o regime de compensação.

E a exceção ao regime, incluída lá no art. 62, I, de forma expressa (exercentes de atividade externa incompatível com a fixação de horário), é ratificada pela grande parte das normas coletivas das categorias profissionais e econômicas de todo o país.

Ademais, reforçando/ratificando todos os argumentos acima, é oportuno, mais uma vez, lembrar algumas cláusulas de normas coletivas relacionadas a estas categorias profissionais e econômicas de vários estados de nossa Federação (Propagandistas x Indústria Farmacêutica), como, exemplificativamente, no Rio Grande do Sul e, novamente, São Paulo, respectivamente, em relação aos propagandistas de medicamentos, que, ainda que não de forma direta, convencionam (princípio da autodeterminação coletiva) que o uso dos equipamentos eletrônicos/telemáticos não configuram controle de horário, como se reproduz, novamente:

CCT SINPROVERGS X SINDICATO DA INDÚSTRIA DOS PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO RS

SINDICATO DAS EMPRESAS DO COMPLEXO INDUSTRIAL DA SAUDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDICIS, CNPJ n. 92.960.855/0001-82, neste ato representado(a) por seu Procurador, Sr(a). SERGIO ROBERTO DA FONTOURA JUCHEM e por seu Presidente, Sr(a). THOMAZ NUNNENKAMP e por seu Procurador, Sr(a). KATIA ALCALDE VIEIRA PINHEIRO;

E

SINDICATO PROP PROP VEND PROD FAR DO ESTADO RGS, CNPJ n. 92.958.974/0001-09, neste ato representado(a) por seu Presidente, Sr(a). SILVIO LUIZ NASSUR FERREIRA;

celebram a presente CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, estipulando as condições de trabalho previstas nas cláusulas seguintes:

CLÁUSULA VIGÉSIMA - DESPESAS COM COMUNICAÇÃO

As empresas, que não fornecem telefone celular e acesso à internet, reembolsarão aos empregados as despesas incorridas com esses equipamentos, quando utilizados em serviço, comprovadas através de relatório mensal, até o limite mensal de R\$ 112,00 (cento e doze reais) a partir de 01/03/2019. A utilização destes equipamentos não configura qualquer tipo de controle de jornada.

CCT SINPROVESP X SINDUSFARMA SP

Convenção Coletiva de Trabalho 2020/2021

Entre as partes, de um lado o SINDICATO DOS PROPAGANDISTAS, PROPAGANDISTAS-VEENDEDORES E VENDEDORES DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINPROVESP, Registro Sindical n°. 311.522/77, inscrito no CNPJ: 01.762.043/0001-07, com endereço à Rua Itapeva, 221 Bela Vista - São Paulo - SP CEP: 01332-000, e de outro o SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS - SINDUSFARMA, Registro Sindical n°. DNT - 24.611, inscrito no CNPJ: 62.646.633/0001-29, situada à Rua Alvorada, 1.280, Vila Olímpia - São Paulo - CEP: 04550-005, fica estabelecida a presente **CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO**, na forma dos artigos 611 e seguintes da CLT, mediante as condições que seguem:

17.4 Despesas com Comunicação

17.4.1 Os Empregados que utilizarem qualquer meio de comunicação eletrônico/telemáticos, terão reembolsadas suas despesas desde que comprovadas, através de relatório de despesas mensais, até o limite de R\$ 103,00 (cento e três reais), solicitadas no prazo de 30 (trinta) dias, após a data da efetiva ocorrência.

17.4.2 Este reembolso não se aplica às Empresas que já concedam ferramentas de comunicação devidamente habilitadas.

17.4.3 A utilização dos equipamentos corporativos eletrônico/telemáticos deve ser de uso exclusivo da atividade profissional, não configurando qualquer tipo de controle de jornada de trabalho ou supervisão, inclusive para fins de caracterização de trabalho extraordinário.

E não se diga que o art. 6º e parágrafo único⁽¹³⁾, da CLT, contrariam este entendimento, pois o referido dispositivo legal traz regramento específico para efeito da caracterização de vínculo de emprego e não para efeito de possibilidade de fiscalização de horário.

Enfim, como se vê, o regime de duração do trabalho (*lato sensu*) tem como objetivo principal a adoção de regras que visam obter, por parte do empregador (detentor do poder fiscalizatório) e com objetivo de proteger o empregado (princípio da proteção), o horário exato de entrada e saída de todos os trabalhadores.

A regra, por isso, só pode ser usada pelos trabalhadores que exerçam atividades compatíveis com a fixação do que marca o início e o final da jornada de trabalho. A exceção, por sua vez, confirma a regra, pois somente é adotada para aqueles exercentes de atividades externas incompatíveis com a fixação do horário de trabalho, como é o caso dos propagandistas de medicamentos.

Será que é razoável incluir dentro do regime de duração do trabalho — com regras que visam proteger o empregado e o empregador na busca do horário efetivamente realizado — aquele trabalhador que o seu empregador não tem nenhuma maneira de fixar o horário em que começa e que termina a jornada de trabalho?

Como dito anteriormente, é “a exceção que confirma a regra do regime de duração do trabalho nos casos não excepcionados”!!

Mas não é só isto!!! Outros parâmetros me fazem entender que, efetivamente, o dispositivo legal em análise determina exatamente isto e apenas isto, não sendo permitida qualquer outra interpretação

(13) “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (grifo acrescido)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

aos limites e alcance do indigitado dispositivo legal, como veremos a seguir.

3. A hermenêutica — A interpretação do dispositivo legal

Segundo a doutrina, a interpretação da lei pode ser classificada quanto à origem (autêntica/pública ou privada/doutrinária); quanto ao resultado (declarativa; ab-rogante; extensiva; restritiva) e quanto à natureza (literal; lógica; histórica; sistemática), existindo, quanto a esta última, para alguns doutrinadores, outros métodos (sociológico, teleológico etc.)

No presente trabalho, pelo seu objetivo, me detenho a duas delas: quanto à natureza e quanto ao resultado, nesta ordem de análise, por circunstância que ao final será entendida.

3.1 Interpretação quanto à natureza

3.1.1. Interpretação literal

A interpretação literal, de acordo com a doutrina, atende à forma exterior do texto; preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos. Graças ao manejo relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma.

Da simples leitura do dispositivo legal em análise, principalmente em razão das expressões utilizadas (“... *incompatível com a fixação do horário de trabalho*...”), verifica-se que não há necessidade da utilização de qualquer das outras formas de interpretação quanto à natureza para se entender a intenção do legislador. O dispositivo legal se basta, por si mesmo, pois as palavras/expressões são taxativas/fechadas e não permitem outra leitura/interpretação.

Dessa maneira, a interpretação do dispositivo legal em estudo, considerando as expressões utilizadas pelo legislador para caracterizar materialmente a exceção ao regime de duração do trabalho — *incompatível com a fixação do horário de trabalho* —, sempre lembrando o princípio basilar de hermenêutica no sentido de que a lei não contém palavras inúteis (“*verba cum effectu sunt accipienda*”), encerra-se na própria leitura do mesmo.

E poderia ser dito, como aliás é defendido por boa parte da doutrina, que a interpretação literal, nos dias de hoje, não poderia mais ser considerada, ainda mais como método único utilizado para interpretação de normas legais.

Ora!! Se o método de interpretação literal é ultrapassado e não pode mais ser considerado, por que o nosso sistema processual trabalhista traz, como regra específica para admissibilidade do recurso de revista (pressuposto intrínseco), no art. 896, “c” da

CLT⁽¹⁴⁾, que a decisão objeto do recurso tenha sido proferida com violação literal de disposição de lei federal?

E por que o § 2º⁽¹⁵⁾, do mesmo dispositivo legal, quando trata de admissibilidade do recurso de revista nas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho, em execução de sentença, limita esta admissibilidade, unicamente, quando a decisão regional tiver ofendido, de forma *direta e literal*, norma da Constituição Federal?

Na mesma linha, por que o mesmo art. 896, em seu § 9º⁽¹⁶⁾, quando trata especificamente das causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, exige, para efeito de admissibilidade do recurso de revista, que a decisão recorrida tenha violado diretamente a Constituição Federal?

Se para efeito de admissibilidade do recurso de revista — hipóteses restritas e objetivas — em algumas delas há exigência de que a decisão “recorrida” tenha sido proferida com violação literal de disposição de lei federal (rito ordinário); com ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal (execução); e por violação direta da Constituição Federal (rito sumaríssimo), como podemos dizer que a interpretação literal não pode mais ser considerada?

Entendo que, adotado tal *posicionamento*, estaríamos ofendendo o tão necessário princípio da isonomia/paridade de armas (*lato sensu*), pois se a literalidade (interpretação literal) do dispositivo de lei federal; literalidade de norma da Constituição Federal; e violação direta da Constituição Federal são consideradas para efeito de admissibilidade do recurso de revista, respectivamente, no rito ordinário; nos recursos em execução de sentença; e no rito sumaríssimo, esta mesma literalidade *não pode ser desconsiderada para efeito de interpretação da lei e aplicação ao caso concreto*.

Se assim acontecer, estaremos dando guarida ao provérbio bíblico “dois pesos e duas medidas”. Ora, não podemos, nunca, empregar dois pesos diferentes para um mesmo fato (gênero)! Não podemos, nunca, empregar duas medidas distintas para um mesmo fato (gênero)!

(14) “Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (Redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998)

(...)

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.” (grifo do autor)

(15) “§ 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei n. 9.756, de 1998).” (grifo do autor)

(16) “§ 9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal. (Incluído pela Lei n. 13.015, de 2014).” (grifo do autor)

Enfim, a interpretação literal não pode e não deve ser desconsiderada, ainda mais quando, como no caso em estudo, as expressões utilizadas no dispositivo legal são fechadas e taxativas, não permitindo uma “leitura aberta” e não requerendo maiores esforços interpretativos.

De toda a sorte, mesmo adotando-se as outras formas de interpretação quanto à natureza, o resultado é o mesmo, como veremos.

3.1.2. Interpretação lógica

Essa interpretação é considerada como textual-interna, tendo em vista que busca explicar a norma por meio do sentido intrínseco do texto. O método lógico insere o intérprete nos meandros da mecânica social, na história da formação da lei e da evolução do direito, identificando-se com o espírito do legislador que a elaborou. Busca atingir o sentido e alcance da norma, ou seja, a razão do legislador ou mesmo a intenção da lei.

Ora, por esta forma de interpretação, chega-se à mesma conclusão: a leitura do dispositivo, logicamente interpretado, é única, no sentido de que o legislador, ao criar a exceção (lembrando a alteração sensível do dispositivo em 1994) ao regime de duração do trabalho, criou uma regra material, qual seja: *o fato de o trabalho desenvolvido pelo empregado ser incompatível, para o empregador, que é quem fiscaliza*, fixar o que marca o início e o final da jornada de trabalho.

Repete-se: se o objetivo (intenção) do legislador fosse outro, que não este, teria utilizado outras expressões menos fechadas, taxativas (incompatível com a possível mensuração da jornada de trabalho; incompatível com a localização do trabalhador etc.).

Enfim, pelo método de interpretação lógico, a conclusão é a mesma.

3.1.3 Interpretação histórica

É aquela pela qual o intérprete considera apenas aquelas mudanças de conteúdo que vão surgindo após sua elaboração; e, ainda, é aquela admissível quando o pensamento novo tenha já penetrado na legislação de alguma forma.

Como visto acima — tópico 1 do presente artigo⁽¹⁷⁾ —, ao qual me reporto, chega-se à mesma conclusão.

Com efeito, pela evolução histórica do dispositivo legal — e do próprio sistema de duração do trabalho, que é uma das exceções —, fica completamente demonstrado que o legislador, efetivamente, quis excluir do regime de duração do trabalho apenas aqueles trabalhadores cuja a fixação (= fiscalização) do horário que inicia e termina a jornada de trabalho, pelo empregador (detentor único do poder fiscalizatório), é impossível de ser realizada.

(17) “1. Evolução histórica da legislação.”

3.1.4 Interpretação sistemática

A interpretação sistemática considera que a norma não pode ser vista de forma isolada, pois o direito existe como sistema, de forma ordenada e com certa sincronia.

E a interpretação do dispositivo legal em análise, pelo método sistemático, nos leva à mesma conclusão: a análise de todo o nosso sistema legislativo em relação ao tema nos traz a certeza do que o legislador (*lato sensu*), quando “pensou” o regime de duração do trabalho e incluiu as suas exceções, inclusive, a do trabalhador externo incompatível com a fixação do horário de trabalho, buscou, *com aquele* (regime de duração do trabalho), normas que objetivam a **FIXAÇÃO DO HORÁRIO QUE INICIA E QUE TERMINA A JORNADA DE TODO O TRABALHADOR DE FORMA EXATA** (regra) e, com estes (trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho), **A EXCEÇÃO**.

É a exceção que confirma a regra!!

Quanto ao tópico, para evitar tautologia, me reporto aos argumentos lançados no tópico 2⁽¹⁸⁾ acima.

Em síntese, fica muito claro, também pela interpretação sistemática, que o legislador quis excluir do regime de duração do trabalho somente (e literalmente) os trabalhadores que exercem atividades externas incompatíveis com a fixação do horário de trabalho, como é o caso dos propagandistas de medicamentos.

3.2. Interpretação quanto ao resultado

Como já visto, a interpretação da norma quanto ao resultado pode ser: declarativa; ab-rogante; extensiva e a restritiva.

A *interpretação é ab-rogante*, como ensina Alice Monteiro de Barros⁽¹⁹⁾, “... quando ocorre absoluta incompatibilidade ou contrariedade entre dois preceitos legais, ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico impossíveis de conciliação. Nesse conflito recomenda-se que se atente para o grau de importância das normas contraditórias, concluindo-se pela ineficácia da disposição secundária e pela manutenção da disposição fundamental. Se ambas tiverem o mesmo grau de importância serão consideradas ineficazes”.

Afasta-se a interpretação acima, pois não é o caso do dispositivo legal em exame.

A *interpretação extensiva* pressupõe que a norma legal se aplica aos casos que não são abrangidos pelo seu teor literal, ou seja, “a lei quis mais do que disse”.

Da mesma forma, fica afastada a interpretação extensiva, pois a norma diz exatamente o que quis dizer.

A *interpretação restritiva*, por seu turno, supõe que a lei “quis menos do que disse”.

Por igual, fica afastada a interpretação restritiva, pois, repete-se, a norma legal diz exatamente o que quis dizer, considerando todo o sistema em que ela está incluída e é a exceção.

Por fim, a *interpretação é declarativa* quando o legislador atribuiu à lei o sentido exato das palavras nela utilizadas.

No caso em exame, não há dúvida que a interpretação quanto ao resultado é no sentido de que o legislador, no art. 62, I da CLT, quis atribuir o sentido exato das palavras nele utilizadas, portanto, trata-se de uma interpretação declarativa.

Ou seja, o legislador quis dizer exatamente o que o dispositivo nos traz, em sua literalidade, indo ao encontro, inclusive, de todas as análises trazidas até aqui.

4. A concreção — A aplicação da lei ao caso concreto

O aplicador do direito deve sempre buscar adaptar a norma jurídica à realidade do caso concreto, através de mecanismos como a crítica, a interpretação das normas, o suprimento das lacunas, etc., visando a, com estes procedimentos, atingir o objetivo do direito (a ordem, justiça, segurança, paz e bem comum etc.). Isto tem um nome: concreção.

E esta concreção, ou seja, a aplicação da lei ao caso concreto, tem como um grande exemplo prático de aplicação (lei caso concreto) no dispositivo e atividade profissional objeto do presente estudo.

Com efeito, o art. 62, I da CLT (lei) se aplica completamente/integralmente ao caso concreto, conforme visto/demonstrado neste estudo, quando falamos dos propagandistas de laboratórios farmacêuticos ou qualquer outra função externa, cuja forma de atuação seja similar a destes profissionais.

Enfim, exemplo típico/prático de concreção!!

Em relação ao tema — aplicação da lei ao caso concreto —, pelo brilhantismo e preciosidade da fundamentação, reproduzo novamente parte dos argumentos lançados na sentença proferida pela MMª Juíza Aline Doral Stefani Fagundes, no Processo n. 0021506-71.2017.5.04.0334, oriunda da Vara do Trabalho de São Leopoldo (Posto de São Sebastião do Caí), abaixo transcrita:

“Importa mencionar, ainda, que não se pode raciocinar no sentido de que a jornada possa ser ampla e irrestritamente fiscalizada por qualquer tecnologia — como o GPS e a internet móvel, por exemplo —, pois, pensando dessa forma, qualquer trabalhador, em princípio, pode ter a sua jornada fiscalizada integralmente, o que não é verdade e impõe uma inaplicabilidade absoluta do art. 62, I, da CLT. No caso dos autos, a título exemplificativo, não seria possível a fiscalização dos trabalhos extracampo (preparação de itinerários e amostras), porquanto o próprio autor diz fazer essas atividades em sua residência. Não há como saber, portanto, se de fato o trabalho está sendo feito, ou não, e muito menos por quanto tempo e a que horas. Na verdade, a exceção ao controle de jornada descrita deve ter como foco as características do trabalho realizado, e não os meios

(18) “2. O regime de duração do trabalho — objetivo principal.”

(19) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 143.

eletrônicos de controle disponíveis. Supondo, por exemplo, como verdadeira a afirmação do autor de ser mais importante manter os horários programados do que reajustar o roteiro de visitas. Nesse caso, na hipótese da impossibilidade de dois ou três médicos receberem o reclamante durante o dia, qual seria o mecanismo utilizado para averiguar, ou não, se entre as visitas há efetivo trabalho? Entende-se ser impossível essa fiscalização, bem como não é crível raciocinar que o reclamante, diante de uma visita frustrada, não reajuste o seu itinerário de modo encerrar antes a sua jornada.” (grifos do autor)

Por oportuno, registre-se que a referida decisão foi confirmada no segundo grau de jurisdição, cuja ementa teve o seguinte teor:

“ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE JORNADA. PROPAGANDISTA-VENCEDOR. Hipótese em que o reclamante laborava externamente com total autonomia para organizar sua agenda de visitas, o que denota, na prática, que poderia fazer mais visitas num dia do que noutra, desde que atendesse à determinada meta. Horas de eventos realizadas em finais de semana, que, ademais, eram devidamente compensadas com folgas durante a semana, sem qualquer prejuízo ao obreiro. Enquadramento à norma de exceção contida no inciso I do art. 62 da CLT. Horas extras indevidas. (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, 0021506-71.2017.5.04.0334-ROT, em 19.05.2020, Desembargador Claudio Antonio Cassou Barbosa — Relator)”

5. Conclusão

O regime de duração do trabalho está expressamente regulado, na CLT, no Título II (DAS NORMAS GERAIS DE TUTELA DO TRABALHO), em seu Capítulo II (DA DURAÇÃO DO TRABALHO).

Como já visto anteriormente⁽²⁰⁾, o art. 2º da CLT, que conceitua o empregador, traz o fundamento do chamado Poder Empregatício que tem entre as suas “subespécies” o poder fiscalizatório (*lato sensu*).

E este poder fiscalizatório do empregador, especificamente a fiscalização de horário está regulado/definido no já referido Título II, Capítulo II (DA DURAÇÃO DO TRABALHO), da CLT, onde vemos, também, de forma expressa, as exceções a este regime de duração do trabalho.

Entre estas exceções aparece o exercente de atividade externa, incompatível com a fixação do horário de trabalho (art. 62, I da CLT), dispositivo legal este que, pela sua evolução histórica, nos mostra, à saciedade, que o legislador, efetivamente, quis excluir

do regime de duração do trabalho apenas aqueles trabalhadores cuja a fixação (= fiscalização) do horário que inicia e termina a jornada de trabalho, pelo empregador (que é o detentor único do poder fiscalizatório), é impossível de ser realizada.

Não bastasse isto, ficou demonstrado neste estudo que o regime de duração do trabalho tem como objetivo principal a adoção de regras que visem a obtenção, por parte do empregador (poder fiscalizatório), do horário correto de entrada e saída de todos os trabalhadores, justamente para proteger o empregado (princípio da proteção).

Ou seja, o regime de duração do trabalho somente engloba aqueles trabalhadores que exerçam atividades compatíveis com a fixação do que marca o início e o final da jornada de trabalho.

Portanto, a exceção ao regime de duração do trabalho apenas confirma a regra: *estão afastados das regras relativas à duração do trabalho e suas decorrências, todos aqueles exercentes de atividades externas incompatíveis com a fixação do horário de trabalho — incisos I e III, da CLT.*

De outra parte, em apoio aos argumentos antes trazidos, a interpretação do dispositivo legal em análise nos leva à mesma conclusão: o legislador quis dizer exatamente o que o dispositivo nos traz, em sua literalidade.

E como resultado de todo o estudo trazido verifica-se que estamos diante de um exemplo clássico/prático daquilo que entendemos por concreção: o art. 62, I da CLT (lei) se aplica plenamente ao caso concreto, quando falamos dos propagandistas de laboratórios farmacêuticos ou qualquer outra função externa, cuja forma de atuação seja similar a destes profissionais.

Finalizando, ninguém discute o fundamental princípio da proteção ao empregado que norteia todo o sentido da criação do Direito do Trabalho.

Entretanto, como tudo na vida em sociedade, em qualquer relação interpessoal, muitas vezes, proteger a parte mais fraca na relação não necessariamente representa “dar mais do que já tem”.

Não podemos continuar pensando na relação empregados x empregadores como inimigos, pois cada um deles depende do outro. Vários mecanismos e a própria automação da força produtiva exigem da sociedade, e em especial dos principais atores da relação de emprego, por meio de suas entidades representativas, uma profunda negociação/debate para que a relação de emprego típica permaneça como sendo a principal ferramenta que alimenta a dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, algumas vezes, o mais é menos e o menos, por consequência, será sempre melhor para toda a nossa sociedade e, em especial, para a manutenção e aumento da digna relação de emprego, com o consequente aumento da qualidade de vida de toda a sociedade e da própria dignidade da pessoa humana.

(20) SANTOS, Cláudio Araujo Santos dos. O sistema jurídico nacional e a inexistência do poder fiscalizatório na atividade do propagandista de medicamentos: uma análise fático-jurídica. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 37, n. 438, p. 67-84, jun. 2020.

SUPLEMENTO TRABALHISTA LTr

Reg. Div. Cens. Div. Públ. DPF nº 1658-p209/73 ISSN 15169146

REDAÇÃO: DIRETOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO - Jornalista - Reg. nº 9.513 DRT - São Paulo

PROPRIEDADE DA LTr EDITORA LTDA | www.ltreditora.com.br

Redação: Rua Jaguaribe, 571 - São Paulo/SP - 01224-003
redacao@ltr.com.br | (11) 2167-1144

Composição: Graphien
Impressão: FCG Gráfica