

HERMENÊUTICA E DIREITO TRABALHISTA BANCÁRIO: ESTUDO DE CASO A PARTIR DA LIMITAÇÃO DA JORNADA CONSTITUCIONAL DE TRABALHO

Paulo Ferrareze Filho¹
Mateus Bender²

RESUMO: A carência de métodos alternativos de resolução de conflito, a inconsciência dos aspectos econômicos imbricados no Direito – notadamente em processos que envolvem Bancos e grandes empresas – e a lógica quantitativa de mercado inserida no Judiciário como empresa a vencer metas, é o contexto de forças que se entrecrocaram e que circundam as razões do presente estudo. Um exemplo: porque é sonegado aos Gerentes-Gerais bancários brasileiros o recebimento das horas extras realizadas a partir da 8ª trabalhada? Trata-se da tentativa de submeter a problemática, inserida no amplo debate de proteção dos trabalhadores bancários, que envolve o pagamento de horas extraordinárias para os chamados Gerentes-Gerais dos Bancos em todo o país, analisando a redação da Súmula 287 do TST, as fontes normativas que tratam do caso, bem como realizando aportes teóricos para sustentar a inconstitucionalidade de texto sumular, notadamente em relação à teoria garantista, à teoria neoconstitucionalista e à teoria da resposta hermenêutica adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito trabalhista bancário. Hermenêutica Jurídica. Gerentes-Gerais dos Bancos. Horas extras.

ABSTRACT: The lack of alternative methods of conflict resolution, the unconsciousness of the economic aspects imbricated in the Law - notably in processes involving banks and large companies - and the quantitative logic of the market inserted in the Judiciary as a company to overcome goals, is the context of forces that clash and that surround the reasons of the present study. An example: why is it that Brazilian Banking General Managers are denied the overtime paid after the 8th work? This is the attempt to submit the problem, inserted in the broad debate on protection of bank workers, which involves the payment of overtime to the so-called General Managers of Banks throughout the country, analyzing the writing of the TST Precedent 287, the normative sources that deal with the case, as well as making

¹Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Professor Universitário. Advogado.

²Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Internacional de Curitiba (UNINTER). Advogado.

theoretical contributions to support the unconstitutionality of summative text, notably in relation to the Guarantor theory, neoconstitutionalist theory and the theory of the hermeneutically adequate response.

KEY WORDS: Banking labor law. Legal hermeneutics. General managers of banks. Extras hours.

1 INTRODUÇÃO

Não há nada mais que dois caminhos para o dilema de fundo que envolve o fenômeno jurídico: ou a comunidade jurídica acultura-se suficientemente para adotar a mediação como modo de prescindir do Judiciário ou, então, seguir-se-á tentando aparar as arestas (ou os abismos...) do dilema da arbitrariedade das decisões judiciais. Os que ainda fazem do relativismo no Direito um elogio são, no fundo, juristas oxidados pelo tempo, ainda que haja algum charme quando, no início da faculdade, os neófitos dizem aos parentes que, em Direito, tudo depende.

Permanecer fora do mundo instituído e buscar na mediação a tentativa de uma sociedade com capacidade de resolver seus próprios conflitos, o que significa dizer, menos mimada, parece um horizonte idílico sem nenhuma chance contra a lógica do mercado e do lucro. Os diálogos entre o Direito e a Economia³ dão conta de tirar os ares românticos nos que acreditam em uma justiça sem justiceiros. Especialmente na Justiça do Trabalho, em que os Bancos e outras grandes empresas figuram no topo do rol de maiores litigantes do Tribunal Superior do Trabalho⁴, a análise econômica do Direito é uma perspectiva crucial para que o pressuposto se desvele.

Na Justiça do Trabalho, não há notícias de que a mediação tenha espaço relevante. Sem que se confunda mediação com conciliação, há que se dizer que esta, promovida como se fosse uma Semana de Grandes Ofertas pelo TST, é apenas meio de dar conta de satisfazer metas quantitativas para abaixar custos com a diminuição de demandas. Ainda que juízes usem um tom fraternal no diálogo de convencimento para aproximar as partes, a meta acaba sendo o objetivo maior. Nem que seja necessário aproximar as partes

³Consultar ROSA, Alexandre Moraes. *Diálogos com a Law & Economics*. 2a ed. Rev. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ainda que o presente artigo não pretenda aprofundar-se sobre a influência dos fatores econômicos que envolvem o recebimento de horas extras para os Gerentes-Gerais, é preciso denunciar a crise de empregabilidade e a usurpação que a economia do país sofre à medida em que a permissividade do labor extraordinário por parte de tais gerentes fomenta o desemprego, impedindo a abertura de novos postos de trabalho. A necessidade de análise da presente problemática pelo STF perpassa um problema correlate que é a necessidade de indicação dos pressupostos da repercussão geral, restando o viés econômico, no âmbito da presente questão.

⁴Notícia da Revista Consultor Jurídico de 06 de julho de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/400-empregadores-sao-responsaveis-992-acoes-tst>>

de um modo mais impositivo, leia-se hierárquico, e menos fraternal, com comandos de ordem do tipo: “*aceite a proposta porque na sentença, **Eu** não darei mais...*”. Julgar acaba sendo, portanto, a alternativa-mor para os conflitos que não se resolvem com nenhuma alternativa m(elh)or.

A carência de métodos alternativos de resolução de conflito, a inconsciência dos aspectos econômicos imbricados no Direito – notadamente em processos que envolvem Bancos e grandes empresas – e a lógica quantitativa de mercado inserida no Judiciário como empresa a vencer metas, é o contexto de forças que se entrecrocaram e que circundam as razões do presente estudo.

Trata-se da tentativa de submeter a problemática, inserida no amplo debate de proteção dos trabalhadores bancários, que envolve o pagamento de horas extraordinárias para os chamados Gerentes-Gerais dos Bancos em todo o país, analisando a redação da Súmula 287 do TST⁵, as fontes normativas que tratam do caso, bem como realizando aportes teóricos para sustentar a inconstitucionalidade de texto sumular, notadamente em relação à teoria garantista, à teoria neoconstitucionalista e à teoria da resposta hermenêuticamente adequada.

2 REVISANDO AS FONTES QUE TRATAM DA PROBLEMÁTICA

Nas questões que envolvem o pagamento de horas extras para trabalhadores bancários, há apenas duas hipóteses legais previstas na CLT. A primeira se constitui como regra geral e prevê jornada de 6 horas diárias para os bancários ordinários (art. 224 da CLT⁶). A segunda, como exceção, estabelece jornada de 8 horas diárias desde que atendidos dois requisitos: 1) desempenho de atividade bancária especial com poderes efetivos de chefia e 2) pagamento de gratificação pela função de no mínimo 1/3 do salário base (art. 224, § 2º da CLT⁷). Dito de modo simples: os bancários estão submetidos ou ao regime geral de 6 horas diárias, ou ao regime especial de 8 horas diárias.

Em que pese a existência de apenas duas hipóteses legais, é sonhada a um contingente imenso de trabalhadores bancários, os chamados Gerentes-Gerais, o direito ao recebimento de horas extras por conta da equivocada

⁵JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

⁶Art. 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.

⁷Art. 224 § 2º - As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo.

aplicação do art. 62, II, da CLT⁸. Tal dispositivo exclui a possibilidade de que gestores de empresas recebam qualquer valor a título de horas extras uma vez que são representantes diretos da empresa. A aplicação deste dispositivo, para bancários, é equivocada. Isso porque o art. 57 da CLT⁹ dispõe que os trabalhadores regidos por regras especiais (como os bancários), não podem sofrer a incidência das regras gerais. Desse modo, é impossível (ou, deveria ser...) aplicar uma regra geral como a do art. 62, II a qualquer trabalhador regulamentado em espaço específico dentro da CLT como os bancários.

Não bastasse o impedimento legal do art. 57 da CLT, há também um obstáculo constitucional, uma vez que o art. 7º, XIII da Constituição Federal¹⁰, estabelece o limite de 8 horas diárias para todos os trabalhadores. Além disso, o mesmo art. 7º prevê que deve haver *participação na gestão da empresa* para os empregados que efetivamente realizam função de gestão (inciso IX¹¹), ou seja, independentemente da participação nos lucros/resultados e da gratificação de função recebida, a sonegação de pagamento de horas extras pelo argumento de exercício de gestão, não vem acompanhada do pagamento da parcela constitucional pela gestão na empresa.

Ainda, deve-se acrescentar ao rol de dispositivos que dão conta de proteger e garantir o recebimento de horas extras pelos Gerentes-Gerais, o inciso XXVII da Constituição, que trata da *proteção contra a automação*, especialmente para os empregados bancários. O desenvolvimento exponencial da tecnologia e dos processos de automação, notadamente a partir dos anos 90, promoveu drásticas mudanças na realidade dos trabalhadores bancários. Se, ao mesmo tempo, as facilidades das novas tecnologias melhoraram o cotidiano de todos, aos bancários, elas não trouxeram melhorias em relação às condições de trabalho.

Há que se lembrar que a legislação trabalhista data da década de 40 do século passado, ou seja, muito anterior ao que se costuma chamar de terceira revolução industrial, que tornou presentes a informática e as microtecnologias no cotidiano e no sistema bancário. Em 1988, a Constituição Federal, já preocupada com a possibilidade de substituição dos empregados por máquinas, passou a garantir a proteção dos trabalhadores em face dos processos de automação.

⁸ Art. 62, II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

⁹ Art. 57 - 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.

¹⁰ Art. 7º, XIII - 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.

¹¹ Art. 7º, XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Observa-se, portanto, interesse da constituinte em proteger, sobretudo, a empregabilidade, quando colocou a proteção contra a automação no rol de direitos sociais. Especificamente aos trabalhadores bancários, o princípio de proteção contra a automação é caudatário do amplo espectro de proteção do trabalhador e exige efetiva aplicação. A baixa constitucionalidade das decisões trabalhistas fazem dos dispositivos citados, constitucionais e legais, mera ilustração nos manuais acadêmicos, uma vez que a problemática do caso posto em análise acaba resolvida pela aplicação, não de dispositivos constitucionais e legais, mas de uma Súmula do TST.

3 A CULTURA DAS SÚMULAS

Uma Justiça que se justifica e se fundamenta com súmulas, enunciados e ementários, como a Trabalhista, é merecedora de um olhar hermenêutico. Não que as demais sejam diferentes, mas é que na Justiça Trabalhista há, sobremaneira, uma carência crítica que mantém intocados um sem número de verbetes ilegais e inconstitucionais que seguem fazendo vítimas.

Ser um especialista em Direito do Trabalho é, sobretudo, conhecer verbetes. Na Justiça do Trabalho talvez eles sejam recorde. Isso porque entre súmulas e orientações jurisprudenciais contam-se, só no site do TST, mais de 1.000 verbetes. Além de todos os enunciados espalhados pelos dos Tribunais Regionais de todo o país. A conclusão é uma só: **os juízes se tornaram legisladores *ad hoc***. Dito de modo mais simples: o aplicador cria as regras que ele mesmo vai aplicar.

Estando o regime dos bancários apartado dos demais (art. 57 da CLT) a partir do artigo 224 e seguintes da CLT, pergunta-se: por que é so-negado aos Gerentes-Gerais bancários brasileiros o recebimento das horas extras realizadas a partir da 8ª trabalhada?

O que ocorre é que a aplicação das determinações legais e constitucionais mencionadas no tópico anterior são preteridas em relação à já citada Súmula 287 do TST¹², que exige, por presunção, a aplicação do regime geral reservado aos gestores previstos no caquético artigo 62, II da CLT. Ainda que presunções sejam, por regra, sempre relativas, esta de que trata a Súmula 287 é praticamente intocável. Por conta dessa presunção inafastável, a súmula em questão, faz com que Gerentes-Gerais de todo o país trabalhem em jornadas extenuantes de 10, 12 e até 14 horas sem receber qualquer valor a título de horas extraordinárias. Cabe lembrar que a Súmula 287 foi editada

¹² JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.

em março de 1988¹³, ou seja, antes da promulgação da Constituição Federal em outubro do mesmo ano. Mesmo reeditada em 2003, a modificação veio apenas para diferenciar os Gerentes-Gerais dos demais Gerentes das agências bancárias, geralmente assim nominados com pretensões marqueteiras e burlescas em relação à lei. Sem alteração substancial, a reedição feita em 2003 não realizou a contento a devida adequação constitucional, uma vez que manteve a afronta da limitação de jornada de 8 horas prevista no inciso XIII do art. 7º da Constituição.

A mecânica judicativa de aplicação de dita Súmula se constitui no que Alexandre Morais da Rosa¹⁴ chamou de *hermenêutica do conforto*, já que para o julgador de instâncias inferiores é mais cômodo (o cômodo não costuma causar incômodo) seguir confortavelmente o caminho pisado pelo “grande pai” (TST), do que responsabilizar-se pela promoção de um controle de constitucionalidade material. Por conforto, aplica-se a Súmula, mas não a Constituição Federal, pois.

A institucionalização de uma cultura *fast-food* e sempre pronta-para-o-consumo, é representada no Direito com a proliferação de verbetes sumulares que amenizam a crise do Judiciário tanto por conta do assoberbamento quanto por conta da pobreza de fundamentação das decisões. A súmula é uma solução *macdonaldizada*, ou seja, rápida e fácil para os problemas institucionais que, aos olhos da máquina, são mais importantes do que os problemas que fazem cada processo nascer. Na medida em que a dogmática jurídica não construiu uma teoria da decisão que pudesse dar conta de efetividades qualitativas – o que significa dizer, efetividades constitucionais –, o jurista comum optou pelas facilidades do *fast-food* jurídico. É assim que a aposta nas súmulas pretende resolver de antemão problemas que ainda não existem.

É, portanto, tarefa imperiosa e necessária avaliar as consequências dos efeitos tópicos – e não generalistas – resultantes da aplicação das súmulas, que funcionam como entes sem ser, ou invólucros que pretendem fazer justiça tópica sem considerar as propriedades do caso.

O que se tenta na jurisdição brasileira, de modo deveras confuso, é utilizar as súmulas como se fossem equivalentes dos precedentes do *Common Law*, algo próprio de quem não diferencia texto e norma:

¹³Redação original - Res. 20/1988, DJ 18.03.1988
Nº 287 Jornada de Trabalho – Gerente bancário.

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 em mandato, em forma legal, tenha encargos de gestão e usufrua de padrão salarial que o distinga dos demais empregados.

¹⁴MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

...pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria common law, a ratio decidendi pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato” (v.g., por todos, Neil McCormick). Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz na frase de Gadamer: só podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido.[...]

venho insistindo há muito tempo que texto e norma não são “colados”, nem cindidos. A questão de direito, que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos), será sempre uma questão de fato e vice-versa. Por isso – e nisso reside o equívoco de setores da doutrina – é impossível transformar uma súmula em um “texto universalizante”. Insisto: isso seria voltar à filosofia clássica-essencialista. É preciso entender que a “aplicação” de uma súmula não pode ser feita a partir de um procedimento dedutivo. Que as súmulas são textos, não há dúvida. Só que “esse texto” não é uma proposição assertórica. Portanto, não pode ser aplicada de forma irrestrita e por “mera subsunção” ou por “dedução”. No paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução.”¹⁵

A súmula 287 do TST, além de não poder ter aplicabilidade geral, tem ainda maior restrição aplicativa, uma vez que trata de uma presunção que só existe como texto, mas nunca como norma. Encontrar decisões em que haja afastamento dessa presunção sumular é um desafio a todos os estagiários do país que passam o dia buscando jurisprudências na internet...

O julgador dos andares baixos da Babel do Direito, viciado pelo modo interpretativo lógico-dedutivo, para poder fazer a questão de fato se encaixar ao texto da súmula que ele equivocadamente transforma em norma, ajusta arbitrariamente o curso probatório do processo. Para esse ajuste, vale tudo. Indeferir perguntas capazes de afastar a presunção indicada na súmula ou auto-afirmar que a “experiência” de magistrado é suficiente para tirar a validade das provas do processo, são exemplos cotidianos nas salas de audiência pelo Brasil afora.

Na Reclamatória Trabalhista 0002186-06.2012.5.12.0005 de Itajaí/SC, um Gerente-Geral do Banco do Brasil buscava pagamento de horas extras além da 8ª trabalhada, depois de trabalhar por mais de 20 anos em jornada de 10 horas diárias. O Juiz sentenciante, afastando a prova testemunhal que afastava a presunção de gestão da Súmula 287 do TST, asseverou que: “Pelas máximas de experiência, sabe este Magistrado que, no exercício

¹⁵Entrevista de Lenio Luiz Streck à Carta Forense. Vide site: <http://www.leniostreck.com.br/site/2011/08/25/entrevista-de-lenio-streck-a-carta-forense-sobre-as-sumulas-em-nosso-sistema-juridico/>

*desse cargo de confiança, cabe ao gerente geral, entre outras atribuições, a direção e fiscalização dos serviços dos demais empregados, sendo a autoridade máxima na agência bancária e estando isento de fiscalização do cumprimento do horário de trabalho*¹⁶.

A experiência do magistrado é a nova fonte do Direito, ou melhor, do Magistrado, porque a maiúscula, nesse caso, confere sentido ao texto!

Merece atenção o risco que a democracia e a comunidade jurídica correm na medida em que se permite que passem ilesas assertivas dessa natureza, afinal, se aos magistrados é permitido que decidam conforme suas “experiências”, então, cada novo processo passa a ser regido e decidido pela tirania idiossincrática do magistrado ao qual está vinculado.

Lenio Streck, que há anos combate a discricionariedade das decisões no Judiciário, dedicou obra exclusiva para uma afirmativa muito semelhante à feita pelo juiz trabalhista de Itajaí/SC. No livro **O que é isto – decido conforme a minha consciência?**¹⁷, Streck chama a atenção para a absurda menção feita pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP n. 279.889-AL no STJ, quando escreveu no julgado: **“decido conforme a minha consciência de jogador e o meu entendimento pessoal...”**.

As palavras de Streck merecem transcrição:

“ [...] O direito não é aquilo que o Judiciário diz que é. E tampouco é e será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras [...] a discricionariedade que combato é a do sub-jectum, que dis-põe dos sentidos do direito, como se fosse proprietário dos sentidos e dos meios-de-produção-dos-sentidos, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto é transformado em alibi para voluntarismos, a partir de um “grau zero de sentido”.

¹⁶Transcrição literal de trecho da sentença em que é possível demonstrar a impossibilidade de afastamento da presunção de que trata a Súmula 287 do TST, em função das viciadas pré-compreensões dos julgadores acerca da matéria: “Da análise da prova oral, vê-se a tentativa das testemunhas MARIA FERNANDES DE AVILA e DEBORA VALERO BORINELLI em convencer o Juízo de que, apesar do exercício da função de gerente geral de agência, o Autor não estava inserido na regra do art. 62, II, da CLT, já que não detinha qualquer poder de mando e gestão, não tinha subordinados, não poderia autorizar nenhuma concessão de crédito, não podia aplicar advertências ou suspensões, gozava de intervalo inferior a 1 hora, não tinha autonomia de horário, como relatado nas fls. 464/466. Contudo, não há como se dar qualquer credibilidade a tais afirmações. Foge ao princípio da razoabilidade crer que um gerente geral de agência bancária não tivesse todos os demais empregados do banco como seus subordinados, ou, mais absurdamente ainda, não tivesse qualquer poder de comando e gestão no exercício desta função. Pelas máximas de experiência, sabe este Magistrado que, no exercício desse cargo de confiança, cabe ao gerente geral, entre outras atribuições, a direção e fiscalização dos serviços dos demais empregados, sendo a autoridade máxima na agência bancária e estando isento de fiscalização do cumprimento do horário de trabalho.

¹⁷STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

É preciso, portanto, que a análise da questão proposta seja revisada por teorias constitucionais capazes de superar o conteúdo explicitamente ilegal e inconstitucional da súmula 287 do TST a fim de que a cultura de utilização de súmulas possa dar a frente às fontes normativas e legítimas do Direito como a lei e a Constituição.

3 PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS DO CASO

De início, cabe mencionar que a aplicação da súmula 287 agride a velha *Teoria do Ordenamento Jurídico* de Norberto Bobbio¹⁸, uma vez que induz à incoerência do sistema jurídico trabalhista ao privilegiar a aplicação de uma regra geral (art. 62, II da CLT), em detrimento de uma regra especial (art. 224 e seguintes também da CLT).

Além de Bobbio, o não pagamento de horas extras aos Gerentes-Generais bancários pelo obstáculo da súmula 287 do TST, afronta a *Teoria da Irreversibilidade* advinda do direito alemão, narrada por J. J. Gomes Canotilho¹⁹ e recepcionada pela doutrina brasileira por intermédio, entre outros, de Ingo W. Sarlet²⁰, no que se chama doutrinariamente de *proibição do retrocesso social*²¹, limite material imposto nas constituições democráticas que visam evitar que as conquistas alcançadas possam ser relativizadas.

Afinal, qualquer possibilidade de alteração do limite de jornada constitucionalmente previsto deve estar atenta à proibição do retrocesso social, o que significa dizer que a jornada poderá ser diminuída, mas nunca elastecida, como é o próprio caso, por exemplo, da jornada dos trabalhadores bancários prevista no art. 224 *caput* da CLT. Note-se que a própria CLT, no já citado art. 57, define que as jornadas especiais têm disposição definida a partir do Capítulo I do Título III, sendo que nenhuma das jornadas especiais lá previstas são maiores que o limite constitucional de 8 horas diárias.

Há mais. O *Garantismo* constitucional de Ferrajoli²² também é um

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10a edição, 1999.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²¹ A noção de proibição do retrocesso afirma-se em relação a qualquer norma constitucional (ainda que se trate de norma impositiva de uma tarefa ou objetivo estatal em material social) no sentido de que existe um direito subjetivo negativo, ou seja, a possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, o que aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária as imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição do retrocesso. Conforme SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional – estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

²² Consultar FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001; FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

desconhecido de todo juiz trabalhista que aplica a súmula 287 do TST. Isso porque a aplicação sumular desconsidera a (i) diferenciação entre vigência da norma, que é sempre formal, e validade da norma, que é sempre material. O jurista italiano aponta para uma (ii) dimensão substancial da democracia, superando-se a visão meramente formal, para uma (iii) sujeição do Juiz como garante do controle material das normas a partir dos Direitos Fundamentais, vale dizer, das liberdades públicas, passando pelas disposições sociais; de autonomia civil e direitos transindividuais.

A partir de tais postulados, caberia, então, pontuar as seguintes teses: (i) Ainda que o texto da lei no art. 62, II, seja vigente, uma vez que está revestido de todos os pressupostos formais requisitados pelo processo legislativo, não é válido para os trabalhadores bancários, uma vez que o critério de validade passa por aquilo que Ferrajoli chama de esfera do “indecidível”, ou seja, dentro do Estado Democrático de Direito de viés garantista, como o brasileiro, nem mesmo por maioria se pode violar/negar Direitos Fundamentais e Sociais. Dito de outro modo, as teses garantistas referem-se, sobremaneira, à observância material dos direitos alocados no ápice do ordenamento jurídico, vale dizer, o direito social de limite da jornada diária de 8 horas para todos os trabalhadores, juntamente com os demais previstos nos artigos 5 e 6 da Constituição, conformam a “esfera do indecidível”, sendo sua implementação, seja por abstenção ou por políticas públicas, obrigações do Estado e, restritamente, deveres do Judiciário em caso de lesão.

Portanto, mesmo que o TST tenha editado uma súmula contrária ao mandamento constitucional e mesmo que a “experiência” do Magistrado chancela a inconstitucionalidade, a aplicação do dispositivo constitucional não é opcional, (ii) sob pena de deixar-se de atender a dimensão substancial da democracia²³, já que (iii) cabe aos Juízes, primeiramente, promover os Direitos Fundamentais e Sociais, e cumprir as expectativas positivas destes, como sanadores das antinomias existentes no sistema jurídico.

Nessa linha, Alexandre Morais da Rosa²⁴ afirma que:

Consequência da supremacia constitucional é que se devem efetuar juízos de validade em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e concentrado de constitucionalidade), espalhando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível. [...] o respeito e implementação dos Direitos

²³STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5a ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 224. “A constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico...” Ou seja, a CF é o fundamento de validade material e não apenas formal do sistema, uma vez que o direito privado passa a ser “constitucionalizado” pelos mandados expressos lá estabelecidos.

²⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5-10.

Fundamentais representam interesses e expectativas de todos e formam, assim, o parâmetro da igualdade jurídica capaz de justificar a aferição da democracia material. [...] Os Direitos Fundamentais e Sociais se constituem, pois, como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidades de todos, razão de ser do Estado.

A teoria do Garantismo, como teoria crítica, se inscreve como parcela de um importante câmbio paradigmático no Direito. Primeiramente, a condição de validade das leis não depende mais apenas das normas processuais sobre sua formação, mas, sobretudo, deve respeito às normas substantivas sobre seu conteúdo – ou seja, sua validade depende da coerência com os princípios de justiça estabelecidos na Constituição, daí que toda a discussão juslaboral deve ter as lentes do Princípio de Proteção do Trabalhador, evidentemente hipossuficiente frente à grandes instituições bancárias, bem como o Princípio da Primazia da Realidade, a fim de se demonstrar que os Gerentes-Gerais, em que pese a nomenclatura do cargo, não desempenham efetivos papéis de gestores, cabendo tais funções aos empregados que figuram nos cargos de direção, superintendência e presidência de cada um dos Bancos.

Segundo, a partir da teoria garantista tem-se alterada a relação entre o Juiz e a lei, bem como a natureza da função jurisdicional: enquanto no paradigma juspositivista havia a sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu conteúdo, agora o Juiz se vê numa sujeição à Constituição, algo que impele o julgador a uma crítica diuturna das leis inválidas pela macula da inconstitucionalidade. Por fim, altera-se o papel da ciência jurídica, cuja função meramente analítica e descritiva passa a ser função crítica e construtiva em relação a seu objeto.²⁵

A *Teoria Neoconstitucionalista* não dá diferente resposta para o caso posto em análise. Importante referir que tal teoria assenta suas bases nas teses centrais do jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin²⁶. Em linhas gerais, pode-se dizer que Ronald Dworkin construiu as bases de sua filosofia do Direito a partir dos pilares da integridade e da indissolubilidade entre o Direito e a Moral. Os princípios, na teoria de Dworkin, assumem o papel fundamental de traduzir para o Direito os valores intrínsecos àquela comunidade sob a qual impera. Esses princípios são, sempre, princípios morais, e, necessariamente, vinculados à justiça e à equidade (*fairness*). O eventual conflito entre os princípios será resolvido através de uma perspectiva notadamente pragmática.

Apoiado em alguns pressupostos teóricos de Dworkin, Robert Alexy²⁷ construiu suas teses sobre princípios jusfundamentais a partir de um viés

²⁵STRECK, op. cit. p. 46. “Para Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais – impondo obrigações e proibições aos poderes públicos – tem produzido efetivamente na democracia uma dimensão “substancial”, que se acrescenta à tradicional dimensão “política”, meramente “formal” ou “procedimental””.

²⁶DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São

analítico e sob uma metodologia baseada na ponderação axiológica, que, por sua vez, baseia-se numa teoria da argumentação jurídica como limite à discricionariedade do aplicador do Direito, aspirando pela correção discursiva e racional de argumentos morais como base dos argumentos jurídicos.²⁸

Precisamente, a partir da teoria chamada ponderacionista de Alexy – que elaborou um modelo quase lógico de “pesagem” axiológica de princípios jusfundamentais em colisão, visando decidir, em cada caso concreto, o princípio prevalente para afirmar um direito fundamental/social eventualmente lesado – formou-se toda uma corrente de juristas e filósofos, notadamente da Itália e da Espanha, a encampar o referido modelo teórico.

Nesse contexto, a Escola de Gênova cunhou a expressão “Neoconstitucionalismo” ao designar um macro-conceito que passou a abrigar teorias, por vezes divergentes, mas tendo um ponto de vista em comum: os direitos fundamentais e sociais possuem estrutura de princípios, sendo esta significativamente diversa das regras e sujeitas a eventuais colisões. Nessas colisões de princípios o intérprete julgador deverá ponderar os valores morais inscritos nos referidos princípios, obrigando o Judiciário a proceder, portanto, a uma interpretação moral da Constituição.

A partir dessa guinada teórica propiciada pelo Neoconstitucionalismo e uma decorrente teoria da argumentação de fundamentação discursiva como a de Alexy (embora aqui outras teorias sejam relevantes, tais como as de Toulin, MacCormick e Atienza) é que se configuram as bases de um novo modelo jurídico a embasar uma nova realidade estatal: **o Estado Constitucional de Direito**. Neste novo contexto, as previsões constitucionais, antes enunciadas apenas em caráter formal e dependentes da prestação por parte do Poder Público (notadamente, o Poder Executivo), passaram a ser objeto de tutela jurisdicional.²⁹ Daí a relevância da sujeição do caso posto em análise à teoria Neoconstitucionalista, posto que a esmagadora maioria das fundamentações que negam o pagamento de horas extras para os Gerentes-Gerais se dá a partir

Paulo: Malheiros, 2011. Para o jurista alemão, em um conflito entre princípios e regras, aqueles devem prevalecer sobre estes. Nesse sentido, quando o Judiciário Trabalhista privilegia a aplicação do art. 62, II da CLT (uma regra), em detrimento do art. 7º, XIII da Constituição, (dispositivo fundado no Princípio da Proteção Ampla do Trabalhador), está ferindo mais esta teoria constitucional contemporânea.

²⁸CADEMARTORI, op. cit. pp. 3; 103-106. Embora a teoria de argumentação de Alexy também tenha se baseado, supostamente, no modelo procedimental de Jürgen Habermas, este autor teceu severas refutações quanto a esta aproximação entre Moral e Direito nos moldes traçados pelo jurista alemão, mas este debate não caberia na proposta esboçada neste estudo. Para tanto, remete-se o leitor à obra: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

²⁹O modelo de jurisdição constitucional de tipo concentrado, segundo o qual a tutela jurisdicional é acionada para guarda da Constituição, foi consagrado na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoando-se em 1929, quando se atribuiu ao Tribunal Constitucional o controle especializado e concentrado dos atos de governo e das leis. Este protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição foi obra de Hans Kelsen, quando de seu embate teórico com Carl Schmitt durante a República de Weimar, em 1931. Cf. CADEMARTORI, op. cit. p. 32.

da redação da Súmula 287, sem que se promova um confronto desta com o enunciado no art. XIII da Constituição Federal. Veja-se, para tanto, outro trecho da sentença exarada na Reclamatória Trabalhista 0002186-06.2012.5.12.0005 de Itajaí/SC:

[...] Com relação ao prequestionamento do Autor na fl. 466, entende-se pela constitucionalidade do art. 62 da CLT, por entender que tal dispositivo não colide com o art. 7º, XIII, da CF, na medida em que esse trata de regra geral concernente à “duração do trabalho normal”, o que não impede o estabelecimento de jornada excepcional e específica disciplinada por intermédio de legislação infraconstitucional, hipótese daquele artigo consolidado. No mesmo sentido é a S. 287 do TST, não havendo que se falar em qualquer inconstitucionalidade.

Observe-se que o julgador não apresenta os fundamentos da fundamentação. Ora, se o dispositivo constitucional, afrontado por norma infraconstitucional, passa ileso pelo critério de vigência, então a Constituição perde seu lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Além disso, a afirmação do julgador desconsidera o já citado Princípio de Proibição do Retrocesso Social, uma vez que admite a possibilidade de que o limite constitucional de jornada de trabalho seja lesado para elastecer a mesma, quando, na verdade, eventual relativização infraconstitucional deve se dar para reduzir a jornada (hipótese inclusive do art. 224 caput da CLT), mas nunca para ampliá-la, dado o caráter protetivo, Lei dos mais Debilitados dirá Ferrajoli, da Constituição brasileira.

A Constituição passa a ser a forma privilegiada de se instrumentalizar a ação dos poderes públicos para a consecução dos desideratos do texto constitucional, compreendido na sua totalidade como dirigente e principiológica.³⁰ Em outras palavras, o Judiciário (sobretudo o STF) passa a fazer parte eminentemente ativa da arena política – uma alternativa na conquista das promessas da modernidade.³¹

Ante esta inexorável simbiose entre Direito, Moral e Política, cujo palco é o Poder Judiciário, assiste-se a uma proposta analítica de atuação judicial denominada “substancialismo”³², defendida, entre outros, por Dworkin, Mauro Cappelletti e, no Brasil, por autores como Paulo Bonavides,

³⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

³¹STRECK, op. cit. p. 37.

³²Habermas defende a proposta “procedimentalista”, segundo a qual o Tribunal Constitucional não deve exercer a guarda dos valores atinentes ao princípio-síntese da Constituição (dignidade da pessoa humana), mas apenas limitar-se à interpretação e compreensão procedimental da Constituição, de modo a fornecer os meios para o processo de criação democrática do Direito, unicamente. Neste sentido, afirma que o Tribunal Constitucional está impedido de defender uma ordem suprapositiva de valores substanciais (STRECK, op. cit. p. 41), mas sim zelar pela garantia dos meios utilizáveis para que a cidadania entenda e solucione seus problemas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 170 e ss.

Ingo Wolfgang Sarlet e Fábio Konder Comparato. Muito além da harmonização e equilíbrio entre os Poderes, na tese substancialista o Judiciário assume o papel de intérprete constitucional “que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais [...]”³³. Eis aqui a possibilidade de mensurar a iniquidade do impedimento aos Gerentes-Gerais bancários, no contexto do caso ora estudado, de fazer valer o disposto no art. 7º, XIII da Constituição Federal, bem como do atendimento às justas compensações do excedente da sua carga horária de trabalho.

Nesse sentido, mesmo a partir das teses neoconstitucionalistas, não há como socorrer a Súmula 287 do TST. Isso porque, no caso presente, não existe choque de princípios capaz de transformá-lo em um *hard case*. Havendo determinação literal no corpo constitucional de que todos os trabalhadores devem receber horas extraordinárias sempre e quando ultrapassarem o limite constitucional de 8 horas diárias, e, não havendo outro princípio que vá de encontro com a literalidade de uma das vertentes do Princípio de Proteção do Trabalhador, também a teoria neoconstitucionalista reforça a tese de inconstitucionalidade da súmula 287 do TST.

Em termos teóricos, garantistas e neoconstitucionalistas travam atualmente um grande debate em que se apontam, de lado a lado, inúmeros pontos de divergência entre tais teorias. Pelo espaço enxuto do presente estudo, tais divergências não serão apontadas. Todavia, o que chama a atenção é que a aplicação da súmula 287 do TST, manchada por escancarada inconstitucionalidade, acaba estranhamente por conciliar, pelo menos quanto ao presente tema, as aparentes divergências teóricas de garantistas e neoconstitucionalistas.

A partir da união das teses de Dworkin e da hermenêutica filosófica, especialmente de Gadamer³⁴, Lenio Streck desenvolveu uma teoria da decisão que aposta na possibilidade de uma *Resposta Correta para cada caso*, ou, dito de outro modo, uma resposta hermenêutica e constitucionalmente adequada. Para tanto, a viabilidade da teoria de Streck é atravessada pela pergunta: pretendendo-se a decisão como verdade do caso, a verdade “extraída”

³³STRECK, op. cit. p. 43. O autor afirma que o garantismo de Luigi Ferrajoli se aproxima da abordagem substancialista, “[...] pelo valor que estabelece à Constituição, entendida em seu todo principiológico, e pela rejeição das posturas sistêmicas, através do que denomina de heteropoiese.” (p. 45). Segundo Ferrajoli, enquanto no passado o parlamento era onipotente em razão da política, sendo o direito mero produto e instrumento desta conjuntura, isto se altera a partir da guinada neoconstitucionalista, com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais normas estão rigidamente vinculadas e subordinadas. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. In: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año IV. Janeiro de 1999, n. 7. Madrid: Universidade Carlos III. CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁴Consultar GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005 e GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Vol. II. Tradução Marco Antônio Casanova. – Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

por meio da interpretação do Juízo se sustenta sob quais fundamentos?

Não é necessário colacionar decisões de casos análogos ao ora analisado que, sob o pretexto da primazia da realidade, tenham conclusões absolutamente opostas. A instabilidade e a insegurança jurídica causadas pela arbitrariedade é imensa e afeta a todos: os trabalhadores bancários, que não entendem porque o colega que fazias as mesmas atividades ganhou mais do que ele na sua própria ação; os estudantes de direito, que aprendem direito por meio de uma perigosa relatividade; e, de modo geral, os próprios juristas, que se digladiam por conta das interpretações e idiossincrasias que funcionam como ferramentas de luta por interesses próprios e de classe.

O dilema está posto e a pergunta é: como controlar a subjetividade do julgador para conferir segurança e constitucionalidade à interpretação no caso dos Gerentes-Gerais bancários? Afinal, se os princípios e as regras jurídicas, interpretadas com um baixo nível de constitucionalidade, podem ser seguidas ao bel prazer de quem interpreta, estamos, em cada novo processo, diante da possibilidade do caos. Qual o fundamento que devem seguir as interpretações?

É essa a discussão feita por Lenio Streck no livro *Verdade e Consenso*: afinal, como podem os julgadores criar um “grau zero de sentido” para o texto da lei? “...em face da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado com um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra inconstitucional (portanto, incorreta)”.³⁵

O constitucionalismo se sustenta em dois pilares: a democracia material e a concretização dos direitos fundamentais. Como se adequar, então, os critérios do binômio “chefe-chefiado” que embasa o regime dos trabalhadores bancários na CLT, com os mandamentos constitucionais? Como interpretar autenticamente este conceito à luz da Constituição Federal?

A resposta correta em direito é aquela que se sustenta nos dois pilares constitucionais citados, sustentados pela ideia de **historicidade** ou **tradição**³⁶, afinal, os conceitos não caem de paraquedas na lei (CLT). Se o binômio “chefe-chefiado” que rege o art. 224 da CLT e o seu parágrafo segundo tem historicidade (ela é inafastável...), é necessário analisar como

³⁵STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 302.

³⁶“toda a decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeira de integridade do direito. Não há decisão que parta do “grau zero de sentido”... in STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

estes conceitos chegaram ao texto legal, a fim de que se possa conferir legitimidade interpretativa a partir da adequação entre a interpretação e o caminho histórico pelo qual o conceito chegou até a lei.

A autenticidade da interpretação nasce da possibilidade de o jurista/intérprete apropriar-se desta compreensão histórica, afinal, o texto da qual exsurgirá a norma, já têm significado e, justamente por isso, este significado não pode ser atribuído por meio de deduções feitas pelo intérprete/juiz a partir de universalidades boicotadas pelo princípio da primazia da realidade, das quais são extraídas singularidades (a “verdade” da decisão de 1º grau). “*Se queremos dizer algo sobre um texto, temos que deixar que este nos diga algo*”, diz Streck.³⁷

É nesse sentido que a pré-compreensão, ou a tradição de um conceito é vital para que se possa interpretá-lo de modo autêntico. Só assim é possível chegar ao que Streck chama de resposta hermeneuticamente adequada. Afinal, qual a tradição do binômio “chefe-chefiado” que ilumina a imensurável discussão da jornada de trabalho dos bancários? Qual o rastro histórico que faz com que o conceito “chefe-chefiado” chegue até o texto da lei?

Sem que se pretenda produzir uma extensa recuperação histórica, de fato, o conceito “chefe-chefiado” remonta a noção de subordinação da revolução industrial, em que o trabalho real do chefe era o de chefiar, exclusivamente. Nos idos da revolução industrial, a figura do chefe nunca foi tida ou vista como a de quem colaborava manual e efetivamente com o chefiado, ou de alguém que exercia a atividade de chefe como atividade secundária (como se observa hoje nos bancos em que os “gerentes” fazem exatamente as mesmas atividades cotidianas de qualquer atendente).

Historicamente, o chefe-fiscalizador (figura que protagoniza a exceção do art. 224 da CLT), nunca realizou o trabalho braçal do chefiado que a si se subordinava. Essa é uma importante reflexão para demonstrar que a excepcionalidade da jornada do chefe, no caso dos bancários, se dá justamente porque estes têm prerrogativas efetivamente diferenciadas em relação aos demais, mas, principalmente porque não realiza as mesmas atividades que o chefiado.

O que se observa no cotidiano dos bancos, porém, é que para satisfazer as estafantes necessidades de venda e lucro, independentemente do cargo que desempenham, todos os funcionários são meros vendedores de produtos. Os “gerentes”, nada mais são do que vendedores de luxo.

O escape encontrado pela jurisprudência dominante tem efeito do-

³⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 303.

minó. O enquadramento inconstitucional dos Gerentes-Gerais no art. 62, II da CLT, transforma a exceção do artigo 224 da CLT numa espécie de regra geral para os demais gerentes bancários, algo que compromete a democracia e o Estado Constitucional de Direito. Enquanto os manuais de direito do trabalho fazem ode ao princípio da primazia da realidade, a hermenêutica filosófica demonstra que o julgador está jogado em um universo de sentidos ilegítimos que antecipam significados incoerentes com a lógica constitucional, seja lá qual for a teoria que se prefira adotar.

5 PONDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a direção tomada pela jurisprudência trabalhista dominante quanto à questão que envolve o pagamento de horas extras para os Gerentes-Gerais bancários é contrária às teorias constitucionais contemporâneas apontadas durante o texto.

Isso porque, como se observou, dentro de um Estado Constitucional de Direito, negar aos Gerentes-Gerais o direito de receber horas extraordinárias além da 8ª trabalhada, fere as seguintes teorias do Direito:

- 1) Teoria do Ordenamento Jurídico do italiano Norberto Bobbio, pois privilegia-se uma regra geral (art. 62, II da CLT) em detrimento de uma regra especial (art. 224 e seguintes da CLT);
- 2) Teoria da Irreversibilidade, propagada, entre outros, por J. J. Gomes Canotilho, uma vez que a permissividade de labor além das 8 horas diárias sem a devida contraprestação se constitui como evidente retrocesso constitucional-social, uma vez que fere a proposta de proteção do trabalhador delineada por nossa constituinte;
- 3) Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, já que o julgador tem o dever de promover materialmente os enunciados constitucionais desenhados como condições para a democracia, uma vez que a aplicação do art. 7º, XIII não se constitui como mera opção para o julgador;
- 4) Teoria Neoconstitucionalista, capitaneada por Robert Alexy, já que não se observam princípios constitucionais em conflito a ponto de fazer-se necessária qualquer ponderação de valores em busca da supremacia de princípios constitucionais em conflito;
- 5) Teoria da Resposta Correta, de Lenio Streck, uma vez que o sentido conferido ao texto celetista se apoia na tradição que faz uma separação clara entre as figuras do chefe e do chefiado, demonstrando-se que a subversão das teorias anteriores criou modelos preconcebidos de interpretação para os funcionários bancários de todo o Brasil.

Por fim, o desafio para o dilema exposto no presente artigo é superar os requisitos formais da repercussão geral a fim de levar a discussão sobre a inconstitucionalidade da Súmula 287 para o Supremo Tribunal Federal, único órgão capaz de declarar que, ao longo de mais de 25 anos, o Judiciário

Trabalhista, utilizando-se de fonte ilegítima, furtou a possibilidade constitucional de milhares de trabalhadores bancários. A materialização da democracia precisa, antes, cumprir requisitos de ordem formal e burocrática...Pelo menos esta é a democracia que ganhamos com a Constituição Federal que o Tribunal Superior do Trabalho insiste, pelo menos no caso exposto, em negar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. TBOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001; FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Jueces y política*. In: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año IV. Janeiro de 1999, n. 7. Madrid: Universidade Carlos III.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Vol. II. Tradução Marco Antônio Casanova. – Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional – estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed.

Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2008.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5a ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. 2a ed. Rev. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.