

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Priscila Ribeiro Yoshikawa

**CARGO DE GESTÃO – ARTIGO 62, II DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO**

DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Priscila Ribeiro Yoshikawa

**CARGO DE GESTÃO – ARTIGO 62, II DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor, Doutor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

SÃO PAULO

2018

Banca Examinadora

“Pois, que adianta ao homem ganhar o mundo inteiro e perder a sua alma?”

(Marcos 8:36)

AGRADECIMENTOS

Obrigada Aba Pai por ser o meu maior apoio, inspiração e força, ser o meu fôlego de vida e preencher o meu coração de amor e paz. A nossa proximidade marcou estes dois anos e meio de pós-graduação, pois me lembro de como eu entrei e quem sou hoje.

Pai e Mãe, obrigada por serem exatamente como cada um é, mas principalmente por serem tão generosos e por sempre terem tempo e paciência para me ouvir e não medirem esforços para me ver feliz.

Paty, sua forma de ver e levar a vida me ensina muito, obrigada.

Agradeço ao professor Ricardo Guimarães por ser e ter sido uma grande inspiração de profissional e pessoa desde o primeiro dia de aula. Obrigada por ter aberto meu entendimento para tantos assuntos e ter compartilhado tanto conhecimento e experiências conosco, seus alunos.

Obrigada professor Leonel, pela dedicação, amor pelo o que faz, e atenção.

Obrigada Priscila Lago pela oportunidade profissional e por me propiciar tanto aprendizado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT.....	8
1 INTRODUÇÃO	9
2 DURAÇÃO DO TRABALHO.....	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.2 FUNDAMENTOS PARA AS REGRAS DE DURAÇÃO DO TRABALHO.....	16
2.3 CAPÍTULO II DA CLT	19
3 CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62, II DA CLT	24
3.1 CARGO DE CONFIANÇA E TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS	37
4 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DE CARGO DE GESTÃO	41
4.1 FIDÚCIA INERENTE AOS EMPREGADOS DESCRITOS NO ARTIGO 62, II DA CLT	41
4.2 GRATIFICAÇÃO	47
5 CARGO DE CONFIANÇA DO BANCÁRIO	50
6 TESTEMUNHA E CARGO DE CONFIANÇA	52
7 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA.....	56
7.1 REVERSÃO AO CARGO EFETIVO E SUPRESSÃO DE GRATIFICAÇÃO ..	56
7.2 RELAÇÃO ENTRE O “ALTO EMPREGADO” E O EMPREGADO OCUPANTE DO CARGO DE CONFIANÇA	60
8 CONCLUSÃO	63
9 BIBLIOGRAFIA	64

RESUMO

O presente trabalho objetivou a análise do artigo 62, II, da CLT, que excetua os empregados em cargo de gestão do regime de duração do trabalho, disposto no Capítulo II da CLT. Os requisitos para enquadramento do empregado em cargo de gestão devem ser analisados caso a caso, sendo que de forma genérica, pode-se dizer que referido empregado deve efetivamente estar excluído do controle de jornada, ter especial fidúcia do empregador e perceber valor superior à 40% do percebido pelo empregado em cargo efetivo. A doutrina e a jurisprudência, apesar de tenderem à constitucionalidade do artigo, não são pacíficas, haja vista possível embate deste dispositivo com os fundamentos básicos de limite de jornada, que representa direito fundamental assegurado pela Constituição Federal brasileira. O argumento de que o controle de jornada se revela impraticável em se tratando de cargo de gestão não pode, no entanto, elidir este direito básico do empregado.

Palavras-Chave: Cargo de gestão. Duração do Trabalho. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aimed at the analysis of Section 62, II, of the Brazilian Labor Code – “CLT”, which excludes the employees in charge of management position of the working hours system, set forth in Chapter II of the CLT. The requirements for the classification of the employee in management position must be analyzed case by case. In general, this employee must be excluded from the hours control, be in a position of trust, and perceive a value higher than 40 % of the amount perceived by other employees. The doctrine and case law, tends to appoint the constitutionality of the Article 62, II of the CLT, however this understanding is not peaceful considering it can infringe the limits of working hours that represents a fundamental precept stated by the Brazilian Federal Constitution. Even considering that the working hours control is not suitable to employee in a management position, these employees cannot be excluded from the working hours limits.

Keywords: Management Position. Working Hours. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

As regras relativas à duração de trabalho representam se não o mais, um dos temas de maior relevância e polêmica da relação de emprego, e isto decorre em virtude de impactar a vida do empregado, empregador e sociedade em diversas frentes e profundidades, e.g.: biológica, social, econômica e saúde pública, sendo que o direito ao descaso entre jornadas, limite de jornada, intervalo mínimo para refeição e descanso, estipulação de escalas, descanso semanal, dentre outros, são resultado de muitas lutas e evolução histórica.

O empregado ocupante de cargo de gestão está expressamente excluído das regras de duração de trabalho, por força do caput artigo 62 da CLT. No entanto, cinge o tema a discussão da constitucionalidade do referido dispositivo e verificação dos requisitos para o efetivo enquadramento na exceção legal.

É certo que o empregado ocupante de cargo de gestão, é uma figura diferenciada na empresa que deve ser tratada como tal, sendo que devido as suas peculiaridades, possui flexibilidade em relação aos horários, podendo estabelecer e gerir sua agenda e rotina com autonomia e, portanto, sem fiscalização e ingerência do empregador. No entanto, em uma visão razoável e justa, isto não necessariamente significa que o empregado pode, por exemplo, extrapolar o limite legal de jornada ou ficar sem descanso semanal aos domingos.

Em relação aos requisitos que caracterizam este empregado, deve-se observar caso a caso, sendo que, no entanto, de forma genérica, é certo que o mesmo deve representar *longa manus* do empregador, bem como aferir valor ao menos 40% superior ao cargo efetivo.

Oportuno mencionar que em tempos de reforma trabalhista, a justiça do trabalho deve ater-se aos princípios basilares do direito do trabalho, bem como fazer interpretação de dispositivos específicos conforme a Constituição Federal, para que não haja desregulamentação, confundida com flexibilização.

Desta forma, muito embora o ocupante de cargo de confiança seja uma figura peculiar, com remuneração diferenciada, é certo que o mesmo sempre permanece hipossuficiente do ponto de vista do relacionamento entre as partes, não podendo ser excluído de preceitos fundamentais, sendo que deve ser alocado em regras que o vistam.

2 DURAÇÃO DO TRABALHO

2.1 Evolução histórica

As regras de duração do trabalho foram resultado de muita luta e evolução histórica, ao mesmo passo em que houve amadurecimento quanto à posição do empregado na estrutura hierárquica da empresa, até a inserção dos ocupantes de cargo de confiança na CLT. De outra sorte, certo é que também houveram pontos de retrocesso quanto aos temas, mas em um contexto global, o progresso social desde a origem é incontroverso.

Importante mencionar que a Revolução Industrial, oriunda na Inglaterra em meados do século XVIII, teve um papel crucial neste contexto, pois impactou sobremaneira a história social, econômica e cultural do mundo, e por consequência, a relação entre mão de obra e trabalho.

O estimado professor Arnaldo Sussekind diz que “O direito do trabalho é um produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários. Estes se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril, resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e a conquista de novos mercados, facilitada pela melhoria dos meios de transporte (revolução industrial); aqueles se enfraqueceram na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado na impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para defesa dos interesses comuns.”¹

Em poucas palavras, com a expansão do comércio nos séculos anteriores, houve aumento de riquezas, que permitiu o financiamento e progresso da instalação nas indústrias, com o conseqüente surgimento da mecanização que substituiu o trabalho artesanal, e por via de consequência, gerou muito trabalho, que inclusive ocasionou o êxodo rural.

¹ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Renovar. p. 07.

No contexto socioeconômico, houve a cisão determinante entre o capital, representado pelos donos dos meios de produção, e o trabalho, representado pelos assalariados, o que permaneceu até a atualidade, posto que “de um lado estão os patrões, visando, durante todo o tempo, à maior produção; de outro, os operários, buscando melhores condições de vida, que incluem a prestação do trabalho durante parte do tempo.”.²

Submeter uma pessoa a uma relação contratual a qual esta adere por suas necessidades de sobrevivência, constitui não uma relação jurídica, mas sim uma imposição e dominação, ainda superior ao que se pode imaginar, como um contrato de adesão leonino e sem chance de válido consentimento. Observado isso, ainda que por outro viés, iniciou-se a luta “contra a máquina”, e batalha pelas primeiras leis de proteção ao trabalho.

Sergio Pinto Martins menciona que nos países europeus, em meados de 1800, a jornada era de 12 a 16 horas, principalmente entre mulheres e menores, enquanto nos Estados Unidos, era de 11 a 13 horas. Neste período, os trabalhadores já reivindicavam pela jornada de 8 horas, por todos os tipos de manifesto, inclusive através de canções, como por exemplo, a abaixo:

*“Eight hours to work;
eight hours to sleep;
eight hours to play;
make a just and healthy day.”³*

A lei de maior relevância nessa fase de formação histórica e ideológica do Direito do Trabalho que solidificou a intervenção do Estado nas relações de trabalho foi a da Inglaterra que estipulou como jornada máxima, 10 horas, sendo que, por conseguinte, a primeira lei mundial a estabelecer a jornada diária de 8 horas foi a da Austrália, em 1901.

² MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 415.

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Atlas, 27. ed. 2010. p. 510.

Já no Brasil, no ano de 1932 os Decretos 21.186 e 21.364, estipularam, respectivamente, jornadas de 8 horas para o comércio e para a indústria.

No mesmo sentido, em 1933 surgiram decretos com a mesma regulamentação para as panificadoras, barbearias e farmácias. Nas casas de diversões, bancos e casas bancárias, decretos estipularam jornadas de 6 horas.

Ricardo Guimarães, menciona que desde 1932 já se fixava limite de duração do trabalho de 8 (oito) horas diárias e 48 (quarenta e oito) horas semanais e acrescenta que “contudo, o texto da Carta de 1988, reduziu referida fixação de 48 (quarenta e oito) horas semanais para 44 (quarenta e quatro) horas semanais, trazendo evidente avanço na proteção do trabalhador, com permissão de redução e compensação de horários desempenhados através da atuação dos sindicatos, tendo em vista o constante nascimento de inúmeras atividades em socorro do clamor da modernidade, bem como em razão dos desdobramentos das especificações de cada atividade desempenhada.”⁴.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição brasileira a disciplinar sobre a jornada de trabalho. Vejamos teor da previsão legal da época:

“Art. 121 – (...)

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

(...)

e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;”

A nobre Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, trouxe disposição sobre o assunto, ante sua evidente importância:

⁴ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 118.

“Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

Assim, até os dias atuais, as regras que envolvem duração do trabalho e sua contraprestação, vêm sendo revisitadas, debatidas e modificadas, sendo que a contemporânea Lei nº 13.467 de 2017, conhecida como “reforma trabalhista” alterou diversos dispositivos do Capítulo II da CLT, sendo que ainda, a Medida Provisória nº 808 de 2017 também trouxe novas disposições.

Vejamos por exemplo a questão das horas *in itinere*. A Lei nº 10.243 de 2001 incluiu parágrafo ao artigo 58 da CLT, dispondo que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno era computado na jornada quando, “tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”, até que a polemica Lei nº 13.467 de 2017 inovou dispondo que as horas *in itinere*, independentemente se caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não são computadas na jornada de trabalho, por não serem tempo à disposição do empregador.

Outro exemplo interessante e ainda mais conveniente para este trabalho é a questão do regime 12x36, posto que a Lei nº 13.467 de 2017 “reforma trabalhista”, permitiu sua fixação expressa em contrato de trabalho em detrimento da exclusividade dos instrumentos coletivos negociados e, no caso de entidades públicas, de norma legal específica. No entanto, o dispositivo não durou muito, posto que caiu com a Medida Provisória nº 808 de 2017, que deu nova redação ao disposto Art. 59-A., trazendo a necessidade da previsão do regime 12x36, quando existente, em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

O tempo trouxe também consigo, novos modelos de frentes e negócios. A transição histórica tem ocorrido de maneira acelerada ainda mais nas últimas décadas com a evolução da informática. A descentralização do poder em empresas grandes é por exemplo, um fato a ser refletido ao tratar do tema relativo a este trabalho, qual seja, o empregado ocupante do cargo de confiança.

A concorrência comercial resultado da globalização requer maior qualidade, produtividade e ao mesmo tempo, redução de custos. Este fator, deu vésão a flexibilização das normas legais de proteção ao trabalho, exemplo tão grande é a terceirização.

Neste contexto, a nobreza do direito é ressaltada, pois se a evolução tecnológica e a globalização fazem necessária a flexibilização, o direito é capaz de viabilizá-la, pois entra para harmonizar capital e força de trabalho e resguardar direitos, considerando que há princípios e normas fundamentais que não podem ser suprimidos, independentemente das teorias financeiras já existentes e as porventura advindas.

Arion Sayão Romita menciona que:

“A noção de contrato de trabalho sofre impacto das mudanças verificadas na economia e no modo de organização do trabalho na empresa capitalista.

As transformações ocorridas no mundo do trabalho não permitiram a sobrevivência do contato de trabalho clássico. O contrato de trabalho adequado à grande empresa industrial desagrega-se e gera uma multiplicidade de relações mais conformes às novas exigências das operações econômicas da época pós-industrial.

(...)

O conceito originário de emprego típico, jurisdicizado pela intermediação do contrato de trabalho clássico, desagrega-se, fragmenta-se decompõe-se diante dos desafios dos novos tempos.”

Arnaldo Sussekind ensina que muito embora alguns autores confundam desregulamentação como uma forma de flexibilização, os institutos não podem ser confundidos, posto que distintos, sendo que diz: “a desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que

básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.”⁵

Pergunta que se faz, é se a evolução econômica e histórica trouxe consigo, de fato, nova figura de empregado, tão peculiar que seria capaz de lhe excluir os direitos previstos no capítulo II da CLT, ou ainda, se esta figura não é resultado da flexibilização, ou ainda, se é furto da desregulamentação. Tal reflexão será explorada ao longo dos próximos tópicos.

Neste mesmo contexto, houve recente alteração quanto às exceções não abrangidas pelas regras de duração do trabalho, do Capítulo II da CLT, qual seja, a recente inserção do inciso “III - os empregados em regime de teletrabalho.” da CLT, incluído pela Lei nº 13.467 de 2017.

O empregado ocupante de “cargo de confiança”, tema deste trabalho, não sofreu alterações com a reforma trabalhista, ao menos diretas, posto que os dispositivos que o regulam não foram alterados⁶. No entanto, é possível cogitar influência da figura introduzida pela referida reforma no parágrafo único do artigo 444 da CLT – “alto empregado”, o que será analisado em tópico específico.

2.2 Fundamentos para as regras de duração do trabalho

Segundo Mauricio Godinho Delgado⁷, a jornada representa medição para a principal obrigação do contrato de trabalho, qual seja, o tempo de prestação de serviços ao empregador.

Ricardo Guimarães leciona que a duração do trabalho “é um dos temas mais tormentosos da relação de emprego, que inclusive é pauta certa de quase toda a integralidade das reclamações trabalhistas, diz respeito à jornada de trabalho do

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Renovar. p. 52.

⁶ Houve acréscimo do §2º ao artigo 468 da CLT, sendo que será objeto de estudo em tópico próprio.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 830.

empregado – ou mais largamente dizendo, a duração do trabalho prestado pelo empregado.”. Acrescenta que “isto decorre do fato de que, sendo o direito do trabalho, em apertada síntese, aquele ramo do universo jurídico voltado a uma possível equalização das tensões existentes entre os fatores de produção e capital e trabalho, visando sempre a promoção socioeconômica do trabalhador, uma das historicamente mais difíceis tarefas designadas a este se resume à fixação das medidas do tempo para a correspondente valoração pecuniária da prestação devida ao empregado.”⁸

Luciano Martinez, diz que o fundamento para a duração do trabalho possui, três justificativas básicas: “a) a de natureza biológica, porque o descanso permite a recomposição física e mental do trabalhador, evitando, assim, o aparecimento de doenças ocupacionais; b) a de fundo social, porque promove convivência familiar, lazer, distração e entretenimento; c) a de caráter econômico, porque permite uma justa divisão do trabalho, propiciando a contratação de um número de trabalhadores em dimensão compatível com o tempo que o empregador pretende funcionar.”⁹.

Vólia Bonfim Cassar, cita os mesmos fundamentos de Luciano Martinez. No entanto, a magistrada fundamenta o elemento de caráter econômico de forma distinta, dizendo que “um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não têm vantagens econômicas para o patrão. Ainda, a douta desembargadora diz que “as regras de medicina e segurança do trabalho envolvem os períodos de trabalho, os de descanso e as condições de trabalho. São normas imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo as partes de renunciar, transacionar ou dispor de qualquer benesse que a lei tenha concedido ao empregado.”¹⁰.

Mauricio Godinho Delgado expõe em sua obra, a relação entre jornada e saúde no trabalho, vejamos trechos:

⁸ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 181.

⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 420.

¹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Método, 15. ed. p.609.

“Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contrato do indivíduo com certas atividades em ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e a duração semanal do trabalho, em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, ***as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.***

(...)

É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e da duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, ***a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa.***” (g.n.)¹¹

Neste sentido, para ilustrar o quanto mencionado por Mauricio Godinho Delgado na citação acima, é oportuno exemplificar que na verificação de condição insalubre de trabalho, em perícia técnica, o perito judicial deve avaliar o tempo de exposição à agente insalubre. Por exemplo, no caso de um serralheiro que pleiteia adicional de insalubridade por exposição a ruído, o *expert* deve verificar o tempo que o trabalhador ficava exposto ao ruído diariamente, e verificar se o limite de tempo e demais parâmetros estão em conformidade com o anexo I da NR15.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 831.

Assim, a duração do trabalho, jornada e horários refletem diretamente na saúde do empregado, de forma geral e ainda, especificamente.

Destaque-se que, em virtude das regras de duração do trabalho, o empregador também é beneficiado diretamente, posto que paga a remuneração pelo trabalho, para ter garantido um mínimo de tempo do empregado a seu dispor, para produzir e executar as tarefas que lhe são outorgadas, e ainda, é prevenido de ações decorrentes de acidente do trabalho, haja vista regras de proteção à saúde e ao descanso, sendo que um empregado descansado e feliz com certeza produz mais e com melhor qualidade, seja sua área técnica, intelectual, que exige força física ou dentre qualquer outra modalidade.

2.3 Capítulo II da CLT

Antes de adentrar ao mérito do objeto deste trabalho, é preciso tecer comentários e exposições básicas sobre o capítulo em que está inserido, qual seja, Capítulo II da CLT, considerando que o tema em epígrafe se trata de exceção à regra geral.

O Capítulo II da CLT, intitulado “DA DURAÇÃO DO TRABALHO”, dispõe sobre regras que se aplicam às atividades profissionais em geral, salvo as expressamente excluídas, i.e., os empregados externos, os ocupantes de cargo de confiança, as exercidas por profissionais de categorias diferenciadas, os empregados em regime de teletrabalho, dentre outras.

O termo “duração do trabalho” representa o tempo de trabalho previsto em lei, contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva, que é permitido ao empregado realizar, e.g. a duração normal do trabalho dos músicos não poderá ser superior a cinco horas, conforme artigos 41 e 42 da Lei n. 3.857/60; e a duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada, conforme artigo 432 da CLT.

Já o termo jornada é definido por Godinho como “o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula.”¹²

O Capítulo em comento, possui seis seções: seção i - disposição preliminar; seção ii - da jornada de trabalho; seção iii - dos períodos de descanso; seção iv - do trabalho noturno; seção v - do quadro de horário; e seção vi - das penalidades, sendo que vai do artigo 57 ao 75-E.

O artigo 58, *caput* diz que:

“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.”

Neste mesmo sentido, a regra está sacramentada no artigo 7º, XIII da Constituição Federal:

“Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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;”

O termo “duração do trabalho normal” ou “duração normal do trabalho” que aparece nos dois diplomas legais supracitados, bem como, em diversos outros dispositivos vigentes, representa o trabalho ainda não realizado de modo

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 831.

extraordinário, isto é, o tempo padrão outorgado ao empregado, seja por lei, contrato ou norma coletiva.

A jornada poderá ser acrescida em até duas, via acordo individual, convenção ou acordo coletivo de trabalho, sendo que a contraprestação deste excesso será de pelo menos 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

Outra regra de jornada, prevista no capítulo, é a de que entre duas jornadas de trabalho deverá haver ao menos onze horas consecutivas para descanso.

Ainda, o capítulo prevê, como regra geral, que o tempo para refeição e descanso deve ser de no mínimo uma hora aos empregados que laboram por mais de seis horas diárias.

Ao que tange ao trabalho noturno, o artigo 73 da CLT dispõe que “salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior ao do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna”.

Em relação ao descanso semanal, o artigo 67 diz que deverão ser asseguradas 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, preferencialmente aos domingos, para descanso.

A jornada pode ser acrescida de até 2 (duas) horas extras por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, sendo que o tempo excedente deve ser remunerado com um adicional de pelo menos 50% (cinquenta por cento) da hora normal.

A seção “v” da CLT, denominada “do quadro de horário” traz regras de fiscalização e controle de jornada, dentre elas, que os estabelecimentos com mais de dez empregados devem, obrigatoriamente, ter controle de registro da hora de entrada e de saída, com inclusive pré-assinalação de intervalo. Referido controle tem como finalidade o de a empresa e empregado saberem quantas horas o mesmo trabalhou, para que haja o devido controle, contraprestação e/ou, eventual compensação ou contabilização para banco de horas.

Godinho menciona que “para que se afira, no plano concreto, uma jornada de trabalho efetivamente prestada, é necessário que exista um mínimo controle ou fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade perante o empregador. Trabalho não fiscalizado ou controlado minimamente é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro: por esse motivo é insuscetível de propiciar aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.”¹³

Referido magistrado leciona que há a divisão entre jornadas: (i) controladas; e (ii) não controladas. As primeiras são hábeis a ensejar o pagamento de horas extraordinárias, pois é possível aferir eventual extrapolação ou supressão e as segundas não são hábeis a ensejar o pagamento de horas extraordinárias dada a impossibilidade de aferir a concreta jornada laborada.

Ricardo Guimarães menciona que “o originário texto constitucional brasileiro não limitou o pagamento de horas extras para qualquer empregado urbano, tendo-o feito somente em relação ao empregado doméstico, em seu art. 7º, parágrafo único. Contudo, a recente Emenda Constitucional 72, de 2 de abril de 2013, buscou corrigir essa falha histórica de tratamento não isonômico, hoje veiculada normativamente sua expressão por meio da Lei Complementar 150, de 1º de junho de 2015”¹⁴.

O empregador como detentor do poder diretivo da empresa, dirige fiscaliza e controla a prestação de serviços, e, portanto, tudo isso incide na duração do trabalho.

Godinho¹⁵ explica que a jurisprudência aponta duas linhas para a inexistência de registro de jornada ou não juntados os registros de jornada em demanda trabalhista. Vejamos:

- (i) Confissão ficta.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 872.

¹⁴ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 207.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 873.

- (ii) Atenuação do ônus probatório cabível ao autor de provar o labor em sobrejornada.

O artigo 62 da CLT traz três modalidades de empregados cujas jornadas presumidamente não são controladas. Vejamos:

“Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

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;

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.

III - os empregados em regime de **teletrabalho**.” (g.n.)

Godinho destaca reiteradas vezes em sua obra¹⁶, que nestes casos há apenas presunção de que os empregados arrolados no artigo 62, incisos¹⁷ I e II da CLT não estão submetidos a fiscalização e controle de horário, de forma que se constatada a existência de fiscalização e controle de horários a presunção jurídica é afastada, com a consequente aplicação das regras de duração do trabalho presentes no Capítulo II da CLT.

Essas considerações foram feitas, pois estas são algumas das regras básicas de duração do trabalho, e conhece-las é essencial para entender do que estaria provado o empregado ocupante de cargo de confiança.

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 875.

¹⁷ O inciso III foi inserido na CLT pela reforma trabalhista, sendo que a obra pesquisada não contemplava a hipótese de teletrabalho.

3 CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 62, II DA CLT

De proêmio, vejamos o atual teor do artigo 62, II e parágrafo único da CLT:

“Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

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.

(...)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).”

Ou seja, o *caput* do artigo diz que estes empregados não são abrangidos pelo capítulo de duração do trabalho da CLT.

A redação dos dispositivos transcritos foi dada em 1994 pela Lei nº 8.966.

A redação anterior, era original da CLT de 1943. Vejamos:

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

(...)

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;”

Assim, a figura deste empregado excluído do capítulo de duração do trabalho da CLT já constava da redação original do diploma trabalhista de 1943, sendo a nossa atual Carta Magna de 1988, ou seja, posterior.

A Constituição Federal de 1988 não traz exceções às regras de duração do trabalho, e tutela a limitação de jornada, no inciso XIII do art. 7º nos seguintes termos:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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.”

Assim, há corrente doutrinária que defende que o art. 62, II da CLT não é constitucional, sob o argumento de que a vontade constitucional não é a mesma do legislador ordinário, pois o constituinte estabeleceu limites de jornada sem mencionar as exceções que a CLT descreve, e nem autorizou a lei infraconstitucional a fazê-lo¹⁸.

Por esta visão, conclui-se que a regra do art. 62, II, da CLT restringe um direito fundamental sem autorização constitucional para tanto.

Como sobredito, a Constituição Federal de 1934 já disciplinava sobre a jornada de trabalho não excedente a oito horas como regra geral, e a CLT é posterior, i.e., de 1943. Ainda, a nossa atual Carta Magna, de 1988, manteve a regra de limite de jornada, sem trazer exceções, ou seja, o legislador sabia sobre a existência da exceção constante da CLT e manteve o Texto Maior de 1988 sem nada mencionar neste sentido.

A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem pela constitucionalidade do artigo 62, II, da CLT, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho há muito se pacificou neste sentido, como se vê por exemplo dos termos da Súmula 287, *in verbis*:

“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

¹⁸ Conforme sentença proferida em 17.11.2016 no processo nº 0001483-25-2015-5-02-0013, pelo juiz Eduardo Rockenbach Pires.

bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.”

No entanto, a questão não é pacífica nos Tribunais Regionais e nas Varas do Trabalho. Vejamos os argumentos dos doutrinadores e magistrados que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo:

O professor Ricardo Guimarães assim expõe seu ponto de vista:

“Ainda que respeitada a compreensão da doutrina e dos Tribunais pela constitucionalidade de referido artigo, há que se pontuar sua contrariedade por nós entendida.

Isto porque, se é verdade que os direitos sociais são fundamentais; que a proteção à saúde é um bem maior que qualquer relação privada, não podendo nunca ser afastada; que a persecução constitucional, como estampado no *caput* do artigo 7º é pela melhoria da condição social e econômica do trabalhador; que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948 (Resolução n. 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas – arts. XXIII e XXIV), limita o tempo de trabalho diário e concede o direito ao descanso; que aos empregados é assegurado um tratamento isonômico; e, por fim, de que a interpretação deve ser conforme o texto constitucional, referido artigo e incisos não têm aplicação nos dias atuais.”

Luciano Matinez¹⁹ entende que “o espírito constitucional” é no sentido de que a duração de trabalho pode ser flexibilizada de forma a favorecer o empregado, mas nunca de forma a lhe desfavorecer, e que o artigo 62 não foi recepcionado pela Constituição Federal, tanto ao que concerne os ocupantes de cargo de confiança como os exercentes de atividades externas. Para o referido Magistrado, o dispositivo em comento tão somente outorga aos ocupantes de cargo de confiança o ônus de provar o trabalho em sobrejornada, ou seja, presume-se que os mesmos não fazem horas extras, de forma que a eles compete provar o sobrelabor.

¹⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 456.

Assim, para este magistrado, caso constatado o cargo de confiança, o empregado deve fazer prova do sobrelabor, e caso contrário, resta presumida sua inexistência.

Ainda, referido professor diz que há colaboradores que progridem de tal maneira na estrutura hierárquica da empresa, que ultrapassam as fronteiras da subordinação jurídica, deixando assim de serem empregados, passando ao status de autônomos, oportunidade em que deve haver a suspensão do contrato de emprego ainda que temporário.

Jorge Luís Souto Maior também defende que o artigo 62, II da CLT não foi recepcionado por nossa Constituição Federal. Vejamos o raciocínio deste magistrado da 15ª Região:

“Juridicamente falando, a forma essencial de se reverter este quadro é integrar estes trabalhadores à proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, desde o Tratado de Versalhes, 1919, com reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem, em 1948.

Mas, se dirá, e o empecilho do artigo 62, II, da CLT? Ele de fato não existe. Para verificar isto, responda-se, sem maiores reflexões, à seguinte pergunta: os altos empregados têm direito a repouso semanal remunerado? Ninguém, por mais liberal que seja, responderá em sentido negativo. A resposta que, inevitavelmente, virá às nossas mentes é: sim, ele tem direito, afinal não se pode conceber que uma pessoa se brigue a trabalhar para outro em todos os dias da semana, sem sequer uma folga. No entanto, o art. 62, II, da CLT, se aplicado friamente constituiria um obstáculo a esta conclusão, na medida em que exclui dos exercentes de cargo de confiança a aplicação de todo o capítulo II, da CLT, no qual se inclui o direito ao repouso semanal remunerado (art. 67, regulado, mais tarde, pela Lei n. 605/49). Ocorre que o inciso XV do art. 7º, da CF/88, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito ao repouso semanal remunerado e, portanto, a pretendida exclusão contida no art. 62, II, neste aspecto mostra-se inconstitucional. Note-se, a propósito, que a própria Lei n. 605/49, que tratou do direito ao descanso semanal remunerado não excluiu de tal direito os altos empregados.

Ora, se têm direito ao descanso semanal remunerado, é porque o próprio ordenamento reconhece que o trabalho dos altos empregados deve ter limites. Além disso, utilizando-se a mesma linha de raciocínio, chegar-se-á, inevitavelmente, à conclusão de que o art. 62, II, da CLT, é inconstitucional, na medida em que o inciso XIII, do artigo 7º., conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho.”²⁰.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 17 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho²¹, vejamos:

“17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.”

Em contrapartida, vejamos os argumentos da corrente contrária, que defende a constitucionalidade do dispositivo.

Vólia Bomfim Cassar diz que:

"O art. 62 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 88, pois a regra geral imposta pelo art. 7º, XIII, da CRFB não revoga os casos especiais. Se assim o fosse, não existiria mais o contrato a termo em face do aviso prévio garantido a todos os

²⁰ http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/do_direito_a_desconexao_do_trabalho.pdf - Acesso em 18/03/2018.

²¹ <http://www.editorartm.com.br/enunciados-aprovados-na-1a-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho/> - Acesso em 18/03/2018.

trabalhadores (art. 7º, XXI, da CRFB), nem o direito à equiparação salarial preconizada no art. 461 da CLT, em face da igualdade preconizada no caput do art. 5º da CRFB etc."²²

Maurício Godinho Delgado diz que:

"Dois tipos de empregados são indicados pela CLT como inseridos em situação empregatícia tal que se tornam inviáveis efetivos controles e fiscalização sobre o cotidiano de suas jornadas laboradas. Trata-se, de um lado, dos trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho, de outro lado, os gerentes, estes desde que exercentes de cargo de gestão e recebedores de acréscimo salarial igual ou superior a 40% do salário do cargo efetivo (art. 62, I e II e parágrafo único, CLT).

Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma presunção – a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: presunção jurídica e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob o ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à duração do trabalho."²³

Sergio Pinto Martins defende que:

"Poder-se-ia dizer que o art. 62 da CLT seria inconstitucional, pois o inciso XIII do art. 7º da Constituição estabelece que o empregado deve trabalhar oito horas diárias e 44 semanais. Entretanto, o art. 62 da CLT não está mencionando que o empregado deva trabalhar mais do que a jornada especificada na Constituição, apenas que aquelas pessoas que não tem controle de horário ou os gerentes, de modo geral, deixam de ter direito a horas extras, pois no primeiro caso é difícil dizer em qual o horário em que prestam serviços, por trabalharem externamente e no

²² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Método, 15. ed. p. 653.

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr. p. 813.

segundo caso, o empregado faz o horário que quer, podendo entrar mais cedo e sair mais tarde, a seu critério. Neste último caso, verifica-se que o poder de direção do empregador é muito menor, e em muitos casos é o empregado que determina muitas coisas, justamente por ter encargo de gestão. Assim, não têm tais pessoas direito a horas extras e não é inconstitucional o art. 62 da CLT.”²⁴

No mesmo sentido, também se pronunciou o Ministro do STF, Cezar Peluzo, em Agravo Regimental de Recurso Extraordinário²⁵. Vejamos trecho do julgado:

“Insiste a agravante na afronta ao art. 7º, XIII da Constituição da República, pelo art. 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela Lei nº 8.966/94. A norma celetista está inserida na Seção II (Da Jornada de Trabalho) do diploma. Tal seção dispõe, como regra geral, a duração normal do trabalho até o teto de 8 (oito) horas diárias para o empregado comum.

O art. 62, II, da CLT, abre exceção, entretanto, para aqueles profissionais que não se enquadram no conceito de empregado comum, exatamente por exercerem atividades de gestão da empresa. E não fixa jornada superior às 8 (oito) horas, apenas disciplina as situações em que o controle da jornada se revela impraticável, diante das singularidades da atividade exercida.

Sendo impraticável o controle de jornada, não há falar em duração de trabalho superior ou inferior a 8 (oito) horas. Ademais o parágrafo único do art. 62 exige que, para ser enquadrado nas atividades tidas como de gestão, o profissional deve perceber gratificação por cargo de confiança de, pelo menos, 40% (quarenta por cento) do salário efetivo.”

Desta forma, em suma, os argumentos que defendem a **inconstitucionalidade** do artigo 62, II da CLT são:

²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Atlas, 27. ed. 2010. p. 520.

²⁵ (RE 563851 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 26/02/2008, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-11 PP-01999 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 314-318)

- (i) a interpretação deve ser conforme a Constituição Federal, sendo que a mesma limita o tempo de trabalho;
- (ii) a flexibilização só pode favorecer o empregado;
- (iii) as regras de duração de trabalho possuem como um de seus fundamentos proteção à saúde;
- (iv) o tratamento aos empregados deve ser isonômico; e
- (v) mesmo o trabalho de altos empregados deve ter limites.

Por outro lado, também em síntese, os argumentos que defendem a constitucionalidade do artigo 62, II da CLT são:

- (i) a regra geral imposta pelo artigo 7º, XIII da Constituição Federal não revoga os casos especiais;
- (ii) o artigo 62, II da CLT não remete ao labor em jornada superior ao que limita a Constituição;
- (iii) estes empregados possuem flexibilidade em relação aos horários e não são submetidos a fiscalização e controle de jornada pois podem chegar mais cedo e sair mais cedo, chegar mais tarde e sair mais cedo, e etc.;
- (iv) tratam-se de exceção devido às peculiaridades da atividade e responsabilidades, além de terem padrão salarial mais elevado; e
- (v) a Lei Fundamental trata apenas genericamente da jornada de trabalho, não impedindo a legislação infraconstitucional federal de regulamentar especificamente o tema.

Ademais, nosso sistema jurídico não se mostra imune a situações excepcionais, que inclusive surgem a todo o tempo, devido aos novos modelos de negócios.

Empregados ocupantes de cargo de gestão, de fato existem, e não são resultado de fato histórico recente. Há empregados que realmente representam figura excepcional na empresa, com especial fidúcia, sendo que atuam em nome do empregador admitindo e dispensando outros empregados, com total liberdade para organizar e gerir agenda, mas continuam subordinados ao empregador, haja vista que

embora tenham determinadas autonomias, as mesmas não são hábeis a lhes retirar a obrigação de prestar contas, seguir as diretrizes da empresa e exercer as atividades com habitualidade.

Para ilustrar, cite-se um **caso real**. Uma “pequena” rede de farmácias, com 3 estabelecimentos, um na Sapopemba, na Zona Leste, e os outros dois na Aclimação. O casal de proprietários contrata um empregado especialista e experiente no ramo de farmácias e o coloca como gerente. Este empregado dá ordens aos outros empregados, seja os caixas, farmacêuticos, balconistas, faxineiros ou seguranças, e até mesmo orienta os donos do negócio. Referido gerente ganha remuneração superior aos demais empregados e possui flexibilidade de horário que melhor atende suas atribuições, ou seja, em certos dias pode entrar mais cedo para treinar certos empregados, e em outros, vai no período noturno para treinar o pessoal da noite. Não há ingerência sobre seu trabalho, mesmo considerando que o mesmo costuma avisar os donos da rede de farmácias sobre seu itinerário, quando oportuno e se possível. Este gerente também pode assinar contratos com fornecedores, dar medidas educativas aos demais empregados, fazer contratações e dispensas.

Veja que neste exemplo verdadeiro e não meramente ilustrativo ou imaginado, o cargo ocupado, a confiança depositada e as atividades exercidas pelo trabalhador lhe outorgam flexibilidade e autonomia para gerir agenda, sendo sua posição incompatível com o controle de jornada ou prefixação da mesma, posto que o mesmo atuava como gestor de todos os outros empregados, possuindo diversos subordinados, e tendo que atuar conforme necessidades e demandas do cotidiano. Além de atuar como gestor, o elemento “confiança excepcional” também está presente no caso.

No caso, para prevenir-se de eventual e futura condenação em reclamatória trabalhista deste empregado o casal de proprietários da farmácia, impunha a este empregado que muito embora o mesmo tivesse flexibilidade par gerir agenda, sem horário fixado, o mesmo deveria, necessariamente, ter ao menos 1 (uma) hora para refeição e descanso diariamente, intervalo de ao menos 11 (onze) horas entre jornadas e descanso semanal conforme previa a convenção coletiva aplicável, dada a divergência jurisprudencial.

O que extrai-se do exemplo supramencionado, é que da mesma forma, ocorre em diferentes frentes, sendo que isso não quer dizer que o empregado esteja desprotegido de preceitos básicos fundamentais, mas tão somente, que há meios de produção que demandam a existência de empregados que, pela própria natureza da função que exercem, sejam depositários de especial fidúcia do empregador, com padrão diferenciado de remuneração, e patamar mais elevado de responsabilidades e que, em contrapartida, laborem sem a proteção genérica destinada aos trabalhadores comuns no que toca à limitação da duração do trabalho, pela própria natureza do trabalho.

Certo é que cada vez mais, o mudo se transforma e o pensamento das pessoas muda. O número de pessoas que querem ser empregadas diminui, e vão surgindo novos modelos de negócios, sendo que muitas empresas, como por exemplo Deloitte e SAP, permitem a empregados que sequer ocupam cargo de gestão, façam home-office quando bem entendem, sendo conveniente destacar que os colaboradores consideram a prática benéfica aos mesmos e à empresa e saudável a todos.

Esta realidade não se choca, necessariamente, com os princípios de proteção ao valor social do trabalho ou a dignidade humana, seja pelos argumentos já expostos, que defendem a constitucionalidade do artigo 62, II da CLT, bem como, porque a Constituição também assegura o valor da livre iniciativa, e não há viabilidade de negócio para muitas empresas sem os responsáveis por sua gestão.

A expressão “necessariamente” acima, justifica-se em parte, em razão do que o professor Ricardo Guimarães menciona em sua Obra “Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho”:

“O sucesso no mundo dito capitalista se reduziu ao sucesso financeiro.

Nada mais há de importante, relevante ou interessante, ainda que isso seja inserido nas mentes das pessoas em geral, de forma inconsciente muitas vezes.

A família, o lazer, o descanso, são elementos que definitivamente – e infelizmente – ecoam na sociedade capitalista num segundo plano.

O aparato para a inserção desse novo modo de viver e de pensar absolutamente desgastante, em certa medida, encontra amparo na tecnologia e na elevada concorrência do mercado. Ambas possuem seu viés positivo e necessário – o que é inegável – contudo, utilizadas desenfreadamente, como hoje se observa, causam evidente desgaste para toda a sociedade.

No caso da relação de trabalho, por exemplo, na visão absolutamente capitalista podemos destacar que o empregado bom é o empregado on-line, ou ainda, aquele empregado que troca sua família, seu descanso, suas férias para atender qualquer pedido da empresa a qualquer tempo.”²⁶.

De outro lado ainda, conforme o ditado, “quanto maior a altura, maior o tombo”, estes empregados ocupam cargos muito mais visados e concorridos, sendo que a pressão sobre eles é ainda muito maior, tanto pessoal como profissional. Eles devem estar sempre qualificados pois são muito mais cobrados. No entanto, os mesmos continuam hipossuficientes sob a visão de relação entre as partes, razão pela qual devem ser protegidos com os princípios básicos e fundamentais.

Pela responsabilidade especial que lhes é atribuída, os ocupantes de cargo de confiança podem substituir o empregador em determinadas decisões, e portanto, em certas oportunidades, representam figura única na empresa, e sua presença e tomada de decisões é imprescindível e insubstituível, razão pela qual sua presença em, por exemplo, uma operação societária pode lhe levar a trabalhar por mais de 12 horas, enquanto, em operações simples, pode se ausentar, como o próprio dono do negócio assim o faz.

Em suma, o ocupante do cargo de confiança não tem controle de jornada devido ao fato de, por vezes, se equiparar ao dono do negócio, além de possuir especial fidúcia e conseqüente flexibilidade para exercer suas tarefas. No entanto, conforme entende Luciano Martinez, presume-se a inexistência de sobrelabor, mas caso verificada e provada pelo empregado, o mesmo deve ser remunerado, sendo

²⁶ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 95.

que o pagamento de remuneração que lhe é superior aos demais empregados, devido a gratificação, não é justificativa para o excluir de norma de ordem pública, que trata de dignidade, saúde e segurança, i.e., lhes excluir dos parâmetros de jornada, assim, não há que se falar em compensação pela posição elevada e a disponibilidade ininterrupta.

Em contrapartida, o dispositivo objeto deste trabalho não remete automaticamente ao labor superior à jornada constitucional, ou seja, o ocupante de cargo de confiança não é aquele que necessariamente trabalha acima dos limites estipulados na Lei, mas sim, constitui exceção devido suas características próprias e peculiaridades, i.e. o ocupante de cargo de confiança está em posição diferenciada, com fidúcia distinta, com autonomia para gerir sua agenda e em geral, faz o horário que quer, tendo liberalidade para chegar mais cedo ou mais tarde, e também sair mais cedo ou mais tarde, a seu juízo, razão pela qual a alegação de infringência aos princípios da dignidade da pessoal humana, bem como ao valor social do trabalho não se presumem automaticamente a estes empregados.

Ainda, como já mencionado, o ocupante do cargo de confiança deve ganhar contraprestação superior em relação ao empregado em cargo efetivo, ou, ainda que não haja subordinados, deve possuir remuneração diferenciada, tendo sobre si responsabilidades e encargos múltiplos e normalmente mais complexos, conforme será analisado em tópico específico.

O problema é que junto com o bônus vem o ônus, mas tal ônus não pode ser tal que resulte na supressão de direitos básicos e fundamentais. É comum verificar em muitas empresas que esta figura de empregado tem se submetido a jornadas de trabalho excessivas e por consequência, prejudiciais, tanto para eles como, de forma indireta, para a sociedade, e.g. para a economia. Estes empregados tendem a ficar ligados à empresa ininterruptamente pelos meios tecnológicos.

Assim, o cargo de gestão, do artigo 62, II, da CLT existe e precisa ser muito bem interpretado pelo judiciário, de forma a **não suprimir e inviabilizar um modelo de negócio, e ao mesmo tempo, não permitir que um direito constitucional que inclusive visa proteger a saúde do trabalhador seja ignorado.**

Assim, de um lado, há o artigo 62, II da CLT que excetua circunstâncias de trabalho não sujeitas a horário ou nas quais o controle da jornada se faz impraticável e de outro, o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal. No entanto, a grande “sacada” é que essas disposições, por específicas, não se atrim, mas, ao contrário, complementam.

Por oportuno, repise-se o entendimento de Luciano Martinez, no sentido de que “a duração de trabalho pode ser flexibilizada de forma a favorecer o empregado, mas nunca de forma a lhe desfavorecer”. Ocorre que, por este entendimento não é possível justificar o argumento de inconstitucionalidade do artigo em estudo, artigo 62, II da CLT, pois enquadrar um empregado no mesmo não significa consequentemente que o mesmo é prejudicado.

No entanto, certo é que a empresa deve sim obedecer ao limite constitucional e as regras de jornada, sendo que a presunção deve ser de que o empregado enquadrado no cargo de gestão é excluído das regras de jornada, pois possui flexibilidade, e os fundamentos que justificam o regime de duração do trabalho são atendidos. No entanto, pode o empregado, mesmo ocupante de cargo de gestão provar tais irregularidades, e por consequência, fazer jus aos pagamentos devidos.

De certa forma, poder-se-ia dizer que o artigo é inconstitucional pois o *caput* diz que “Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo”, o que não pode prevalecer, caso provada pelo empregado a existência de extrapolação de jornada ou infração às regras de duração de trabalho, exceto quanto ao seu controle e anotação, que por óbvio, inexistente.

Assim, o cargo de gestão existe e é uma realidade presente em muitas empresas, sendo que precisa, de alguma forma, ser alocado em nosso regramento jurídico de forma a não desregulamentar o direito do trabalho.

Desta forma, coaduno com o entendimento do professor Luciano Martinez no aspecto.

Não obstante o exposto, a jurisprudência majoritária, inclusive a da mais alta Corte Trabalhista de nosso país, entende que os ocupantes do cargo de confiança,

de fato estão excluídos das regras de jornada, sendo que caso constatadas as características para preenchimento desta posição, mesmo que comprovado o sobrelabor, não há que se falar em pagamento de horas extras ou qualquer benefício ou proteção de regras de duração do trabalho, com exceção, de por exemplo o trabalho em feriados que será analisado no tópico a seguir.

3.1 Cargo de confiança e trabalho em domingos e feriados

Superada a discussão sobre constitucionalidade ou não do artigo 62, II da CLT, passemos a verificar a discussão sobre o trabalho dos ocupantes de cargo de gestão em feriados, pois muito embora o artigo 67, *caput*, da CLT esteja no Capítulo II da CLT, intitulado “DA DURAÇÃO DO TRABALHO”, juntamente com o artigo 62, II, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que há compatibilidade entre estes artigos, ou seja, que o exercente de cargo de confiança faz jus ao pagamento em dobro de feriados laborados.

Sobre a matéria temos que:

(i) o artigo 67, *caput*, da CLT diz:

“Será assegurado a todo empregado um descanso semanal remunerado de 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”.

(ii) o artigo 7º, XV, da Constituição Federal diz que o repouso semanal remunerado deve ser concedido, preferencialmente, aos domingos.

(iii) o artigo 1º da Lei nº 605/49 diz:

“Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e,

nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local”.

Desta forma, há quem defenda que o direito ao descanso semanal remunerado possui respaldo tanto constitucional quanto infraconstitucional, sendo que, portanto, há exclusão apenas das horas extraordinárias, mas não há que se falar em exclusão de remunerar o trabalho prestado em domingos e feriados pelos ocupantes de cargo de confiança.

As turmas do TST têm decidido reiteradamente neste sentido²⁷, sob o fundamento de que o objetivo do art. 62, II, da CLT era excluir a obrigação de o empregador remunerar, como extraordinário, o trabalho prestado pelos ocupantes de cargo de confiança, não se pretendeu retirar do trabalhador o direito constitucionalmente assegurado ao repouso semanal remunerado, previsto no art. 7º, XV, da Constituição Federal. É certo que tal disposição garantida a todos os trabalhadores não se subsume a exceção contida no art. 62, II, da CLT, de forma que os ocupantes de cargo de confiança, enquadrados na exceção contida no artigo 62, II, da CLT, fazem jus ao pagamento em dobro dos repouso semanais e feriados laborados.

O professor Ricardo Guimarães muito bem menciona que “empregados hoje atuam como se fossem “ligados a uma tomada”, e **a necessidade do descanso cada vez mais tem ocupado lugar especial na doutrina**. Nos dias atuais, desligar o computador não significa muitas vezes descansar, pois temos o *blackberry*, o *i-phone* o *i-pad* e tantos outros meios que acabam mantendo o empregado em atenção constante.”²⁸ (g.n.).

²⁷ (RR - TST-RR-1149-14.2010.5.01.0071, Ministro Relator: Alexandre Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de publicação: 26/09/2014), (TST- ARR - 909.85.2010.5.04.0024, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, 7ª, DEJT de 22/08/2014), (TST-RR-44300-56.2009.5.04.0661, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 21/12/2012).

²⁸ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 119.

Ocorre que, resta ao empregador uma delicada situação, haja vista a ocorrência de Magistrados relatando ser incompatível o cargo de confiança com o pagamento de horas extras em feriados laborados, e por consequência, rejeitando a arguição de enquadramento no artigo 62, II da CLT ante a existência de pagamento a título de feriados. Vejamos trecho de Acórdão²⁹ neste sentido:

“incompatível a alegação de cargo de confiança com o pagamento de horas extras em feriados laborados. Ademais, para que exista o pagamento de feriados a necessidade de controle de jornada é indiscutível em que pese a recorrente não ter juntado qualquer documento nesse sentido. Não estando caracterizada a existência de poderes não se pode negar o direito a horas extras. O conjunto probatório não favorece a defesa, não estando evidenciados os aspectos que autorizam o enquadramento do reclamante na exceção ditada pelo artigo 62, inciso II, da CLT.” (g.n.)

Da mesma forma, a situação é delicada aos advogados que prestam consultoria à empresas, posto que mesmo aconselhando seus clientes sobre a posição mais conservadora, ou seja, não deixar que seus empregados em cargo de confiança infrinjam as regras de duração do trabalho, caso isto ocorra em feriados, é melhor que não haja pagamento, dado o entendimento acima.

No mais, com todo o respeito, é possível dizer que há certa contrariedade na posição da nossa mais alta corte trabalhista, pois embora entenda pela constitucionalidade do artigo 62, II da CLT e exclua estes empregados do pagamento de horas extras por sobrelabor e supressão dos intervalos intrajornada e entre jornadas, o mesmo não ocorre ao se falar em repouso semanal remunerado e feriados.

²⁹ (TRT2- RO – 0002625-39.2012.5.02.0314, Rel. Min. Dulce Maria Soler Gomes Rijo, 15ª, Data de Publicação: 25/03/2014).

Ora, se o TST entende que o empregado devidamente enquadrado em cargo de gestão, do artigo 62, II da CLT ainda faz jus ao descanso semanal remunerado e feriados, ou seja, não se pode retirar do trabalhador este descanso constitucionalmente assegurado, porque de igual forma não faria jus também a horas extras prestadas por sobrelabor, supressão de intervalo intrajornadas e entre jornadas?

Importante considerar que os fundamentos protetores que embasam as regras de duração do trabalho são os mesmos. Repise-se: de natureza biológica; de fundo social; e de caráter econômico.

E porque então um feriado seria mais importante do que o intervalo mínimo de 11 (onze) horas entre uma jornada e outra? Se há compatibilidade entre o artigo 62, II da CLT e o artigo 67, *caput*, da CLT, porque não haveria compatibilidade também do artigo 62, II da CLT com os artigos 58, 66, 67, e 71?

Reitere-se que conforme mencionado no tópico referente à constitucionalidade ou não do artigo 62, II da CLT, o fato de o empregado ocupante de cargo de gestão não ser passível de fiscalização de jornada, não induz a impossibilidade do mesmo fazer prova de irregularidades ante regras de duração do trabalho e conseqüentemente, o empregador ter de realizar o pagamento, muito embora esta seja uma linha de pensamento pouquíssimo aplicada nos tribunais e varas trabalhistas.

4 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DE CARGO DE GESTÃO

O artigo 62, II da CLT prevê a exclusão dos gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial que exercem cargo de gestão, das regras de duração de trabalho.

Ainda, o parágrafo único deste dispositivo dispõe que as regras de duração de trabalho serão aplicadas aos empregados em cargo de gestão, quando o salário do mesmo, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%. Em outras palavras, o exercente de cargo de confiança deve ganhar ao menos 40% a mais do que o cargo efetivo.

Pela leitura dos dispositivos, temos que há dois requisitos para o enquadramento no inciso II do artigo 62 da CLT, quais sejam: (i) ocupar cargo de gestão, com especial fidúcia do empregador; e (ii) perceber gratificação de função.

Referidos requisitos serão estudados a seguir.

4.1 Fidúcia inerente aos empregados descritos no artigo 62, II da CLT

Os empregados descritos no artigo 62, II da CLT, conhecidos como empregados em cargo de confiança, ou exercentes de cargos de gestão se diferem dos empregados comuns/ordinários, pois são aqueles que na conjuntura estrutural da empresa, estão em nível ou posição diferenciada sob seus demais colegas.

O inciso II do artigo 62, diz cargo de “gestão” e o parágrafo único do mesmo dispositivo diz cargo de “confiança”. No entanto, para a maior parte da doutrina ambas as terminologias remetem a mesma figura.

O professor Ricardo Guimaraes entende que se tratam de figuras distintas: o cargo de confiança trata-se do advogado, porteiro que fica com a chave do escritório, ou seja, pessoas que por suas características subjetivas e próprias possuem a confiança do empregador. Já o cargo de gestão trata-se do empregado posicionado a

gerir a pessoa jurídica. Em sua nobre CLT comentada, o professor trata o artigo 62, II da CLT como “cargo de gestão”.

Os empregados comuns/ordinários, podem até ter cargo, função e salários superiores ou inferiores a outros colegas da mesma empresa, mas caso não possuam fidúcia e poderes de gestão atípicos, certamente não se enquadram em empregados em cargo de confiança.

Em relação ao elemento confiança é preciso tecer alguns comentários. Este subsídio, em sentido amplo, está presente em todos os negócios jurídicos, ou seja, inclusive nas relações de emprego, independentemente da posição do empregado na empresa.

A confiança no ambiente de trabalho é decorrente do fato de o empregador ceder, muitas vezes, sua propriedade para os empregados lá permanecerem habitualmente, bem como, a possibilidade de entregar-lhes computador, notebook, celular, carro, chave de escritório, e ainda, permitir acesso a informações da empresa, sejam elas confidenciais ou não.

Importante lembrar que o contrato individual de emprego é um contrato, e como tal, deve atentar-se à regra do artigo 422 do CCB, inserida no Título V – Dos Contratos em Geral, que dispõe sobre a boa-fé. Vejamos:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de **probidade e boa-fé.**” (g.n.)

É incontroverso na doutrina que o direito civil é a fonte dos institutos básicos de nosso ordenamento jurídico, tais como pessoas naturais e jurídicas, bens, negócios jurídicos, fatos jurídicos, licitude e ilicitude, obrigações, responsabilidade civil, inadimplemento, contratos em geral, sociedades, propriedade, vícios de consentimento, dentre outros, razão pela qual é base do direito do trabalho, sendo que empresta a este ramo suas regras e princípios.

No mais, conforme sobredito, a relação de emprego é um negócio jurídico, sendo oportuno destacar o disposto no artigo 113 do CCB:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração.” (g.n.)

Destaque-se que a boa-fé objetiva está diretamente vinculada à confiança, posto que se espera de um negócio jurídico a boa-fé, através da confiança.

A palavra confiança tem origem do Latim, de “*confidere*” que significa “acreditar plenamente, com firmeza”, haja vista que o termo “*com*” é intensificativo e “*fidere*” representa “acreditar/crer”, que deriva ainda de “*fides*” que por sua vez significa “fé”.

Assim, a todos os empregados é depositada fidúcia geral. No entanto, há a confiança extraordinária, a qual estuda-se neste tópico, pois destina-se aos excluídos pelas regras de duração de trabalho da CLT, ou seja, os enquadrados pelo artigo 62, II da CLT.

Além do artigo 62 da CLT, há no texto legal outras menções sobre “função de confiança” e “cargo de confiança”, respectivamente nos artigos 468, §1^{o30} e 611-A, “v”³¹; e nos artigos 224, § 2^{o32}, 469, § 1^{o33} e 499, *caput* e §§ 1^o e 2^{o34}. No entanto,

³⁰ “Art. 468 (...) § 1o Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de **função de confiança**.” (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (g.n.)

³¹ Art. 611-A. (...) V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como **funções de confiança**; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (g.n.)

³² Art. 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 um terço do salário do cargo efetivo. (g.n.)

³³ “Art. 469 (...) § 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam **cargo de confiança** e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.” (g.n.)

³⁴ “Art. 499 - Não haverá estabilidade no exercício dos **cargos** de diretoria, gerência ou outros de **confiança** imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.

§ 1º - Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer **cargo de confiança**, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado.

nenhum destes dispositivos traz sua definição ou suas principais características, tão apenas pela leitura do artigo 499 subentende-se que os cargos de gerente e diretoria são alguns dos possíveis cargos de confiança que a empresa pode ter.

Assim, os denominados “empregados de confiança” possuem fidúcia especial do empregador, sendo que normalmente são dotados de autonomia para:

- (i) organizar a própria rotina e agenda;
- (ii) liderar projetos de alta complexidade;
- (iii) se revestir como dono do negócio, se apresentando como responsável pela operação;
- (iv) negociar contratos de valor econômico elevado;
- (v) tomar decisões importantes;
- (vi) coordenar equipe; e
- (vii) admitir, dispensar, fiscalizar e punir empregados.

O rol acima é exemplificativo, e não obstante a tendência de descentralização do poder de decisão na dinâmica empresarial contemporânea, a doutrina e jurisprudência majoritária inclinam-se no sentido de serem os requisitos supracitados essenciais para o enquadramento em cargo de confiança. Vejamos julgados do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região nesse sentido:

CARGO DE CONFIANÇA ART. 62, II, DA CLT – EXCEÇÃO AO PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS - Caracteriza o cargo de confiança, o investimento do empregado em **poderes de gestão, mando ou representação, tais como planejamento, direção, fiscalização, exteriorizando de forma transparente a verdadeira imagem do empregador, sendo importante que no exercício de suas atividades se inclua o poder de admitir e despedir**

§ 2º - Ao empregado despedido sem justa causa, que só tenha exercido **cargo de confiança** e que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa, é garantida a indenização proporcional ao tempo de serviço nos termos dos arts. 477 e 478.” (g.n.)

empregados. (g.n.) (RO 0001117-18.2015.5.02.0067, TRT 2ª Região, Magistrado Relator: Rilma Aparecida Hemetério, Data de Publicação: 26/08/2016, Órgão Julgador: 17ª Turma).

CARGO DE CONFIANÇA. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62, II, DA CLT. PARÂMETROS PARA A CONFIGURAÇÃO. Para a caracterização do cargo de confiança, para fins de exceção prevista no artigo 62, inciso II, da CLT, **somente é considerado como tal aquele empregado que tem amplos poderes de mando, gestão, decisão, representação e substituição do empregador. Verdadeiro longa manus do empregador. Posição que lhe permite admitir, dispensar, dirigir, controlar e fiscalizar o trabalho dos empregados sob sua subordinação, substituindo-se na pessoa do empregador.** (g.n.) (RO 1001422-54.2014.5.02.0605, TRT 2ª Região, Magistrado Relator: Ivani Contini Bramante, Data de Publicação: 17/03/2015, Órgão Julgador: 4ª Turma).

Assim, os poderes outorgados ao empregado ocupante de cargo de confiança devem ser significativos, a ponto de não o submeter às mesmas regras de controle de jornada vivenciadas pelos demais empregados.

Destaque-se ainda, que não configura cargo de confiança aquele em que o desempenho é exclusivamente técnico, sendo que há de existir o elemento confiança e não apenas a alta complexidade em desenvolvimento de tarefas.

A redação anterior, original da CLT de 1943, já transcrita neste trabalho exigia outorga de poderes pelo empregador através de mandato legal equiparando-o a este, ainda que verbal ou tácito. Em contrapartida, a atual redação não menciona esta exigência, no entanto, ainda há necessidade de existência de poder de representação do empregador de forma a conferir ao empregado em cargo de confiança poder para representá-lo na administração de seus interesses.

Neste sentido, Godinho entende que “não há mais, desse modo, o requisito da concessão de poderes de representação, seja por outorga unilateral, seja por mandato. Contudo, é claro que a presença da representação, em si, será indício de reforço nos poderes detidos pelo obreiro.”³⁵.

Ainda, a atual redação, diferentemente da anterior, diz “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.**” (g.n.). Ou seja, incluiu expressamente os diretores e chefes de departamento ou filial à exceção legal.

A este respeito, Godinho diz que “A referência a chefes de departamento é, de fato, inovatória, em contraponto à interpretação que anteriormente se fazia sobre o status desse cargo de confiança. Não há dúvida de que chefe de departamento não tende a deter poderes tão elevados quanto aqueles exigidos pela leitura inspirada, por exemplo, em Mario de La Cueva (que falava em alter ego do empregador). Porém, de qualquer modo, os poderes desse chefe departamental têm de ser significativos no contexto da divisão interna da empresa. É que se não o forem, tal chefe quedar-se-á submetido a um tipo de fiscalização e controle empresariais tão intensos que não irá se diferenciar dos demais empregados a ele submetidos, para os fins do artigo 62 da CLT. Ora, o preceito celetista quer excluir as regras relativas à jornada de trabalho quanto aos detentores de cargo de confiança, por considerar tais regras incompatíveis, em face dos amplos poderes desses altos empregados. Houve, pois, uma atenuação no requisito, mas não tão extremada como inicialmente pareceria.”³⁶.

Sergio Pinto Martins critica o texto e diz que “talvez, o legislador tivesse agido com mais acerto se colocasse na lei que não se sujeitam à jornada de trabalho aqueles que exercem encargos de gestão. Nesse conceito estariam incluídos os gerentes, os diretores e chefes e até os superintendentes da empresa, pois difícil é dizer o que é

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr. p. 353.

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr. p. 353.

chefe de departamento e ou de filial, que são atribuições determinadas pelo empregador ao nomear tais pessoas.”³⁷.

4.2 Gratificação

O parágrafo único do artigo 62, II, dispõe que:

“O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).”

Nas palavras de Luciano Martinez, “trata-se de recompensa oferecida pelo empregador a empregado investido no exercício de função de qualificada confiança (direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes). Vê-se nesse complemento salarial não apenas uma manifestação de contentamento ou de gratidão, mas também a **intenção do empregador de compensação pelo acréscimo subjetivo de responsabilidades** que normalmente são assumidas em função da fidúcia. Desaparecendo a confiança, desaparece a correspondente gratificação, revertendo o empregado a seu cargo originário”³⁸.

Referido Magistrado diz ainda que “a razão da existência do parágrafo único do art. 62 da CLT é a atribuição de uma dimensão salarial diferenciada, mais elevada do que aquela aplicada aos empregados em geral. Anote-se que o referido parágrafo único foi obra da Lei n. 8.966, de 27-12-1994. Ela mudou a antiga redação existente no art. 62 da CLT, que, no particular, conceituava o gerente como trabalhador investido de mandato, exercente de encargos de gestão e que, além disso, tivesse um

³⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Atlas, 27. ed. 2010. p. 522.

³⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 587.

padrão mais elevado de vencimento, capaz de diferenciá-lo dos demais empregados.”³⁹.

Sergio Pinto Martins assevera que “o pagamento de gratificação sempre teve por objetivo compensar a maior responsabilidade pelo cargo exercido, como também cobrir despesas decorrentes de seu desempenho, mas pode-se também entender que a gratificação paga pela maior responsabilidade já inclui eventual remuneração de horas extras que possam ser prestadas.”⁴⁰.

A porcentagem de 40% sobre o salário-base justifica-se pela necessidade de parametrizar a diferenciação do salário, que deve ser mais elevado, se comparado o salário dos empregados em geral, em razão de todo exposto no subitem acima.

Referida porcentagem foi resultado da Lei n. 8.966, de 1994, que alterou a antiga redação, que previa apenas o termo genérico “padrão mais elevado de vencimentos”, e não possibilitava uma referência específica.

Assim, para que se confirme o cargo de confiança, com sua exclusão das regras gerais de duração de trabalho, será necessário que sua remuneração (salário-base + gratificação de função, se houver) seja 40% superior à dos demais empregados da empresa por ele gerida. Ou seja, se o gestor com especial fidúcia, conforme narrado no tópico anterior, tiver remuneração de R\$ 3.000,00 numa empresa onde os demais empregados recebem R\$ 1.800,00, ele estaria enquadrado no cargo de confiança.

Sergio Pinto Martins entende ainda, que a redação do dispositivo em análise é pior do que a anterior, pois em suas palavras “dá margem a uma série de problemas de interpretação, principalmente se o trabalhador exerce efetivamente encargo de gestão, mas não tem gratificação de função”⁴¹, e acrescenta que “o critério da gratificação de função será meramente exemplificativo ou indicativo da condição de gerente, mas não será essencial, bastando, para tanto, que o salário do gerente tenha

³⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 587.

⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Atlas, 27. ed. 2010. p. 523.

⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Atlas, 27. ed. 2010. p. 523.

padrão bem mais elevado do que o de seu subordinado imediatamente inferior ou que seja superior a 40% deste.”⁴².

A jurisprudência e doutrina majoritárias entendem da mesma forma, ou seja, que o valor de 40% não precisa necessariamente ser titulado como “gratificação de função”, e sequer exista gratificação, mas sim, que o valor da remuneração seja superior aos demais empregados.

Vólia Bomfim Cassar:

“O acréscimo salarial de 40% previsto no parágrafo único do art. 62 da CLT não é uma “compensação” pela supressão de hora extra, já que o pagamento das horas extras é garantido constitucionalmente – art. 7º, XVI, e sim apenas consequência natural da maior responsabilidade, tendo também o objetivo de evitar designações meramente fictícias.”⁴³

⁴² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. Atlas, 27. ed. 2010. p. 523.

⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Método, 15. ed. p.611.

5 CARGO DE CONFIANÇA DO BANCÁRIO

O “TÍTULO III - DAS NORMAS ESPECIAIS DE TUTELA DO TRABALHO”; “CAPÍTULO I - DAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS SOBRE DURAÇÃO E CONDIÇÕES DE TRABALHO”, “SEÇÃO I - DOS BANCÁRIOS”, da CLT, dispõe nos artigos 224 a 226 regras sobre a categoria.

A duração de trabalho deve ser de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana aos que trabalham em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal, sendo a mesma condição aplicada aos empregados de portaria e de limpeza, tais como porteiros, telefonistas de mesa, contínuos e serventes.

Referidos empregados devem ter a jornada estabelecida entre as 7:00 e 22:00 horas, com o devido intervalo de 15 minutos.

No entanto, para os empregados que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou que desempenhem outros cargos de confiança com gratificação superior a um terço do salário do cargo efetivo, estão sujeitos a duração do trabalho em dimensão ordinária, ou seja, oito horas diárias e quarenta horas semanais. Ou seja, o cargo de confiança dos bancários é específico e não se confunde com o artigo 62, II da CLT.

Conforme explica Godinho, os poderes de mando que lhe são exigidos (a lei fala em funções de direção, gerência, chefia e equivalentes) não são, inegavelmente, tão extensos e acentuados, uma vez que o exercício de chefia atende ao requisito legal (não se exige, necessariamente, chefia de departamento ou filial). A par disso, o dispositivo especial considera ocupante deste cargo também o exercente de funções de fiscalização – embora não se tratando de chefe, tem de ter inquestionáveis poderes fiscalizatórios.”⁴⁴.

A Súmula 287 do TST dispõe que:

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 355.

“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.”

Assim, a presunção é que o gerente de agência de banco possui jornada de 8 (oito) horas, e o gerente-geral da agência está enquadrado como cargo de confiança do artigo 62, II da CLT. No entanto, a presunção é relativa, e o cada caso deve ser analisado com suas devidas peculiaridades.

Godinho leciona que, “evidentemente, que se o gerente geral da agência ou o superintendente regional ou o detentor de cargo ainda mais elevado enquadrarem-se nos requisitos do art. 62 da CLT (suplantando o enquadramento menor, típico do art. 224), submeter-se-ão aos efeitos mais largos daquele dispositivo geral da CLT.”⁴⁵.

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr. p. 354.

6 TESTEMUNHA E CARGO DE CONFIANÇA

Podem depor, no processo civil, como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas, conforme artigo 447, *caput* do CPC.

O artigo 829 da CLT, dispõe que:

“Art. 829 - A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.”

Francisco Ferreira Jorge Neto leciona que “sendo estritamente necessário, as testemunhas impedidas ou suspeitas poderão prestar depoimentos, mas esses serão prestados independentemente de compromisso e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer (...). Em outras palavras, as testemunhas devem ser ouvidas como informantes.”⁴⁶.

O empregado ocupante de cargo de confiança, ou, os que meramente possuem cargos de coordenador(a), gerente e supervisor(a), por vezes, são obstados de prestar depoimento e servir de testemunha, bem como, são obstados de servirem como informantes, por entender-se que o exercício do cargo de confiança poderia comprometer seu depoimento, acolhendo-se assim a contradita. O fundamento dos magistrados que assim entendem é o inciso II, §3º do artigo 447. Vejamos:

“Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

(...)

§ 3o São suspeitos:

II - o que tiver interesse no litígio.”

⁴⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas. p. 660.

Francisco Ferreira Jorge Neto diz que “por excelência, testemunha é uma pessoa estranha à lide, logo, não pode ter nenhum interesse na demanda. Esse interesse há de ser jurídico e objetivamente apreciável, para que a pessoa não seja compromissada. Essa hipótese legal costuma ser arguida para: o empregado que detenha cargo de confiança na empresa; a troca de favores entre ex-empregados em ações contra o mesmo empregador; a situação em que a testemunha apresentada costuma ser preposto do empregador etc.”⁴⁷.

No entanto, diversos⁴⁸ julgados do TST têm provido Recursos de Revista com fundamento em cerceamento de defesa por indeferimento de depoimento de testemunhas que exercem cargo de confiança, e apontam que o simples fato de a testemunha pertencer a cargo de confiança não enseja, automaticamente, o acolhimento da suspeição. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS QUE EXERCEM CARGO DE CONFIANÇA NA EMPRESA RECLAMADA. SUSPEIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. Não há previsão na Lei de suspeição da testemunha que exerce cargo de confiança na empresa reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 769-37.2012.5.04.0006, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de julgamento: 06.05.2015, Data de publicação: 15.05.2015).

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PRELIMINAR DE

⁴⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas. p. 662.

⁴⁸ (TST - RR: 104289320135030093, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 08/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015).

(TST - RR: 2888320125030012, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 26-3-2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28-3-2014).

CERCEAMENTO DE DEFESA. ACOLHIMENTO DE CONTRADITA EM RELAÇÃO À ÚNICA TESTEMUNHA APRESENTADA PELO BANCO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE PREPOSTO EM AÇÕES PRETÉRITAS. SUSPEIÇÃO NÃO CONFIGURADA. O mero exercício de cargo de confiança ou o fato de a testemunha ter atuado como preposto em outras ações não torna suspeita a testemunha, por absoluta falta de previsão em lei. Para a comprovação da suspeição é necessário que fique demonstrada a falta de isenção de ânimo para depor, nos termos do art. 405, § 3º, V, do CPC. No caso concreto, não há nenhuma delimitação no v. acórdão regional que permita concluir pela intenção da testemunha de prejudicar ou beneficiar uma das partes, motivo pelo qual o acolhimento da contradita em relação à única testemunha apresentada pelo reclamado resultou em cerceamento ao seu direito de defesa. Recurso de revista conhecido e provido. [...]” (ARR-723-61.2011.5.04.0013, Ac. 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 10.4.2015).

Destaque-se que outro fato que tem sido observado por alguns magistrados ao verificar possível nulidade, é se houve a produção de outras provas nos autos, e se o ocupante de cargo de confiança possui poderes de mando equiparáveis aos do próprio empregador, também para admitir e dispensar empregados.

Certo é que não se pode presumir que o ocupante de cargo de confiança possui interesse na causa, por possuir fidúcia diferenciada, poderes de mando e gestão, e remuneração diferenciada, ressalvada estima a entendimentos contrários⁴⁹.

O que deve ser considerado no caso é a informação da própria testemunha se a mesma possui interesse no objeto do processo, em consonância com o procedimento descrito nos artigos abaixo, do CAPÍTULO XII - DAS PROVAS; Seção

⁴⁹ RO nº 0000792-26.2012.5.04.0024, julgado em 12/12/2013, Desembargador Relator Alexandre Corrêa da Cruz.

IX - Da Prova Testemunhal; e Subseção II - Da Produção da Prova Testemunhal” do CPC:

“457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e **informará se tem** relações de parentesco com a parte ou **interesse no objeto do processo**.

(...)

§ 3º **A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos previstos neste Código**, decidindo o juiz de plano após ouvidas as partes.” (g.n.)

“Art. 458. Ao início da inquirição, a **testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado**.

Parágrafo único. **O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.**”

(g.n.)

Desta forma, o empregado ocupante de cargo de confiança não pode ser obstado a servir como testemunha da empregadora, meramente pela posição ocupada na empresa, sob pena de violação aos artigos 5º, inciso LV, da Constituição Federal e 794 da CLT.

7 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

A Lei n. 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe diversas alterações no Direito do Trabalho, no Processo do Trabalho e na Justiça do Trabalho.

Conforme menciona Mauro Schiavi, “sem dúvida, o novel diploma legislativo tramitou em prazo muito curto e, em ocasião que o país vive um momento difícil, com rompimento do processo democrático”⁵⁰.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, uns dos primeiros autores a publicarem obra sobre a reforma trabalhista, também a criticam: “Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional_ o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justtrabalhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização, a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.”⁵¹

Vejamos a seguir alterações trazidas pela reforma que impactam o tema em análise.

7.1 Reversão ao cargo efetivo e supressão de gratificação

A reforma trabalhista introduziu o § 2º ao artigo 468 da CLT, sendo que o § 1º possui o mesmo teor do antigo parágrafo único, tendo apenas sido adaptada sua numeração. Vejamos teor do novo dispositivo:

“Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim

⁵⁰ SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. — São Paulo: LTr Editora, 2017. Pág. 9.

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo : LTr, 2017, pág. 40.

desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.” (g.n.)

Conforme explica Luciano Martinez, “desaparecendo a confiança, desaparece a correspondente gratificação, revertendo o empregado a seu cargo originário”⁵².

Ricardo Guimarães leciona sobre o antigo parágrafo único e atual § 1º, que “tem-se isso porque o cargo de confiança constitui acúmulo funcional decorrente de maior fidúcia depositada pelo empregador sobre certo empregado, para o exercício de determinadas atribuições estratégicas na cadeia de produção por ele integrada. Contudo, esta mesma especial confiança pode desaparecer, dando ensejo para que não mais exista razão à ampliação do plexo funcional e, por consequência, da remuneração extra por tal exercício de funções adicionais.”⁵³

No entanto, o TST sumulou entendimento em atenção à estabilidade financeira, impedindo a supressão de gratificação de função de empregado que já a recebia há dez ou mais anos, corridos ou não, salvo por justo motivo. Vejamos:

⁵² MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 587

⁵³ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 662

“Súmula nº 372 do TST

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)”

O *caput* do artigo 468 da CLT explicita o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, que protege o empregado de alterações que podem lhe ser prejudiciais. No entanto, referido dispositivo era compatível com o inciso I da Súmula supramencionada, representando flexibilização.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, comentam a Súmula da seguinte forma: “naturalmente poder-se-ia discordar de incorporações salariais referentes a períodos curtos de percepção de parcelas gratificatórias, tais como aquelas determinadas após dois anos de percepção da verba ou, até mesmo, cinco anos dessa percepção contínua. Entretanto, a jurisprudência se firmou em parâmetro moderado, proporcional, razoável e justo – o prazo mínimo contínuo de dez ou mais anos de recebimento mensal de gratificação de função.”⁵⁴.

Nesse sentido, oportuno citar ementa da decisão proferida pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publicada em 03/06/2016, *verbis*:

"GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - INCORPORAÇÃO - RECEBIMENTO POR MAIS DE DEZ ANOS - EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DIVERSAS. A gratificação de função incorpora-se ao salário do empregado se for paga por tempo igual ou superior a dez anos, em observância ao princípio da estabilidade

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 175.

econômico-financeira. Efetivamente, para a incorporação da gratificação, não se exige que o empregado perceba a mesma gratificação de função durante todo o período ou que a supressão da gratificação seja integral. O empregado tem direito à manutenção do pagamento da gratificação de função, suprimida ou reduzida, pela média atualizada das gratificações percebidas. Incide a Súmula n. 372, I, do TST. Agravo de instrumento desprovido." (g.n.) (AIRR 2474.12.2011.5.11.0006).

Ocorre que o novo § 2º, novidade da reforma trabalhista, prejudica a Súmula e suprime a incorporação e manutenção do pagamento da gratificação aos empregados que estão na empresa há mais de 10 anos.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado criticam o dispositivo mencionando que:

“O novo §2º do art. 468 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, fixa regra antiética ao sedimentado no Direito do Trabalho do País, vedando a respectiva incorporação salarial.

Com esse preceito, fica reiterado o caráter anti-humanista e antissocial da Lei da Reforma Trabalhista, dirigida, essencialmente, à redução de custos trabalhistas e previdenciários em favor da empresa empregadora”⁵⁵.

De fato, não parece razoável a supressão de gratificação percebida por mais de 10 anos, sendo que a nova redação da CLT fere o princípio da estabilidade econômico-financeira, bem como da inalterabilidade contratual lesiva, sendo uma contradição, posto que o §2º foi inserido no artigo 468 que protegia o empregado de alterações prejudiciais.

Mesmo considerando que, a gratificação paga pelo exercício de cargo comissionado tem natureza transitória, retratando e atendendo à real necessidade do

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 175.

exercício do "jus variandi" pelo empregador na direção da empresa, há de se destacar que, conforme fundamento de precedente⁵⁶ da Súmula 372 do TST "a gratificação pode perder sua natural transitoriedade, para revestir-se de caráter permanente, fato que a legislação não poderia deixar de reconhecer, através de previsões específicas suficientes a permitir a adequação da norma abstrata ao caso concreto."

No mais, a gratificação de função, no caso dos empregados em cargo de gestão corresponde ao montante de 40% superior ao cargo efetivo, ou seja, é inconcebível imaginar que um empregado com mais de 10 anos de empresa, seja desfalcado da quantia, após tanto tempo percebendo este valor, e muitas vezes adequando seu estilo de vida a este padrão.

Neste sentido, fundamenta-se outro precedente⁵⁷ da Súmula 372 do TST, que um dos argumentos para o indeferimento da supressão da gratificação para empregado com mais de 10 anos de empresa foi que: "o longo período de permanência do trabalhador no cargo atrai a presunção de que correspondeu a confiança especial, **introduzindo-o a adequar-se à remuneração proporcionada e sedimentada pela reintegração da confiança.**".

7.2 Relação entre o "alto empregado" e o empregado ocupante do cargo de confiança

A Lei nº 13.467, de 2017, trouxe nova figura de empregado, já chamado pela doutrina de "alto empregado". Vejamos:

"Art. 444 – (...)

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os

⁵⁶ [EEDRR 88144/1993](#), Ac. 684/1996 - Min. Ronaldo Lopes Leal
DJ 06.09.1996 - Decisão por maioria

⁵⁷ [ERR 43753/1992](#), Ac. 3355/1996 - Min. Armando de Brito
DJ 16.08.1996 - Decisão por maioria

instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)” (g.n.)

Ou seja, trata-se de empregado com nível superior e que perceba remuneração igual ou superior ao que atualmente (2018), equivale a R\$ 11.291,60.

Referidos empregados poderão estipular livremente condições contratuais, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, em relação ao rol de matérias próprias da Negociação Coletiva. Exemplos: (i) Jornada de trabalho (observados os limites constitucionais); (ii) banco de horas anual; (iii) redução do intervalo intrajornada; (iv) identificação do cargo de confiança; (v) remuneração por produtividade e por desempenho individual; (vi) modalidade de registro de jornada; (vii) troca de feriados; (viii) prêmios e PLR.

Ainda, segundo a reforma, poderão negociar a inclusão de cláusula de compromisso arbitral no contrato de trabalho, conforme novo artigo 507-A da CLT.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado esta nova figura de empregado, “trata-se, contudo, de ideia sem qualquer base empírica, teórica ou científica, além de ser manifestamente dissociada da matriz lógica e sistêmica do Direito do Trabalho. Na verdade, a nova regra legal, ladinamente, aplica ao empregado qualificado (do ponto de vista da educação formal) e com salário relativamente razoável no contexto comparativo da economia e sociedade brasileiras (um patamar salarial posicionado em torno do equivalente a 11 salários mínimos, considerada a data da publicação da Lei) o raciocínio que se aplica ao alto executivo de uma grande empresa capitalista, com ganhos anuais milionários e um poder diretivo gigantesco – este, sim, uma real projeção do próprio empregador, um verdadeiro órgão da empresa.”

Luciano Martinez⁵⁸, e boa parte da doutrina, já utilizava o termo “altos empregados” para falar sobre os empregados a que se refere o artigo 62, II da CLT.

No entanto, estas “espécies” de empregados não se misturam. De um lado, estão: (i) os empregados com elevadas atribuições e poderes de gestão, com distinção remuneratória, sendo de no mínimo 40% a mais do cargo efetivo; e de outro: (ii) empregado com diploma de nível superior remuneração igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Ocorre que a espécie de empregado oriundo da reforma trabalhista, supostamente, pode estipular livremente condições de trabalho, ainda que em patamar menos favorável do que o fixado em instrumentos coletivos negociados, sendo que pode inclusive, dispor sobre “identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança”, ou seja, referido empregado, pode, supostamente, negociar sobre situação de enquadramento no artigo 62, II da CLT.

A justificativa para tanto é que ele(a) não estaria submetido(a) a subordinação intensa, podendo, portanto, impor a sua vontade no cotidiano da relação empregatícia, o que é totalmente equivocado, por diversos fatores, dentre eles, de que da mesma forma que o ocupante de cargo de confiança não pode ser desprotegido dos preceitos básicos e fundamentais, o mesmo ocorre com quem possui nível superior e remuneração equivalente ou superior a R\$ 11.291,60, sendo que ambos continuam sendo hipossuficiente.

No mais, o enquadramento no artigo 62, II da CLT depende de avaliação de situação fática, caso a caso, não podendo ser objeto de estipulação entre as partes.

⁵⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012. p. 264.

8 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que o empregado ocupante de cargo de gestão, do artigo 62, II, da CLT, é uma figura que de fato existe com todas as suas peculiaridades, mas não é devidamente regulamentado, haja vista o *caput* do artigo em comento excluí-lo das regras do capítulo II da CLT de duração do trabalho, ao qual está inserido, e por consequência, excluí-lo também de preceitos fundamentais da Constituição Federal que dispõem sobre limites de duração do trabalho.

Ressalvada a devida vênia a entendimentos contrários, que por sinal são majoritários na doutrina e jurisprudência, inclusive de nossa mais alta Corte Trabalhista, certo é que referido empregado deve sim ser remunerado caso comprove em juízo exercício de horas extras ou tenha suprimido qualquer direito relativo à duração de trabalho.

A empresa por sua vez, deve zelar pela saúde e segurança de todos os seus empregados, sejam eles detentores de confiança, posição e salários comuns ou extraordinários. No entanto, na atual conjuntura, caso o empregado exerça jornada superior à legalmente permitida, o empregado restará em situação delicada, posto que nossas cortes trabalhistas entendem pela incompatibilidade de pagamento de horas extras com o enquadramento em cargo de gestão, sendo que o melhor cenário seria uma adequação de regulamentação e interpretação.

Certo é que a justiça laboral deve estar concomitantemente atenta a viabilizar modelos de negócios, bem como resguardar direitos constitucionais, tendo como opção, no caso em análise, usar os dispositivos 62, II da CLT e 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de modo a se complementam.

Superada esta questão, conclui-se também, que estes empregados devem ter bem delineados seus requisitos para enquadramento no artigo 62, II da CLT, posto que muitas empresas, abusam das margens de interpretação do “cargo de gestão” e “cargo de confiança” para enquadrar empregados que sequer possuem liberdade para gerir suas jornadas.

9 BIBLIOGRAFIA

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Método, 15. ed. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**. Saraiva, 3. ed. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 8. ed. 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: Renovar. 4. ed. 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Editora Atlas. 6. ed. 2013.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 1. ed. — São Paulo: LTr Editora, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo : LTr, 2017.

http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/do_direito_a_desconexao_do_trabalho.pdf - Acesso em 18/03/2018.

<http://www.editorartm.com.br/enunciados-aprovados-na-1a-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho/> - Acesso em 18/03/2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm - Acesso em 18/03/2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em 18/03/2018.

http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm - Acesso em 18/03/2018.

https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm - Acesso em 18/03/2018.