

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GABRIELLE DA CUNHA GARCIA

CARGO DE CONFIANÇA E HORAS EXTRAS:
uma melhor compreensão do termo “poder de gestão” do gerente

**JUIZ DE FORA
2012**

GABRIELLE DA CUNHA GARCIA

CARGO DE CONFIANÇA E HORAS EXTRAS:

uma melhor compreensão do termo “poder de gestão” do gerente

Monografia de conclusão de curso na área de Direito Material do Trabalho, apresentada pela acadêmica **GABRIELLE DA CUNHA GARCIA**, sob a orientação do Professor Dorival Cirne de Almeida Martins, à Comissão de Monografia do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

JUIZ DE FORA

2012

GABRIELLE DA CUNHA GARCIA

CARGO DE CONFIANÇA E HORAS EXTRAS:

uma melhor compreensão do termo “poder de gestão” do gerente

Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito do Trabalho, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, e aprovada em 18/10/2012, pela seguinte banca examinadora:

Dorival Cirne de Almeida Martins

Professor Orientador

Prof. Flávio Bellini de Oliveira Salles

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao Senhor, meu Criador, que sempre me capacita, fortalece, em cada momento de minha vida.

À minha família, por acreditar nos meus sonhos.

Ao Prof. Dorival Cirne de Almeida Martins, por todo apoio concedido para a concretização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus de Israel, por me conceder Seu favor e me presentear com o cumprimento de mais uma promessa sobre minha vida.

Que Sua Palavra e Seu Caráter seja manifesto em mim, por mim e através de mim aonde pisar as plantas dos meus pés, para que o Seu Nome seja Glorificado.

Aos meus pais, Carmen Lúcia e Luiz Carlos Garcia, por investirem seu tempo, amor, dedicação, sem quaisquer reservas, no decorrer de toda formação do meu caráter, sempre acreditando no propósito de Deus para minha vida. A minha querida, e mais bela irmã, Danielle, que está sempre do meu lado em todos os momentos.

Aos meus líderes e mentores, Ap. Natanael e Noemia Bezerra, pelo carinho e zelo com minha vida durante este tempo em Juiz de Fora.

“Antes das honras e das conquistas.

O amigo está conosco.

O amigo sabe quem a gente é.

O amigo sabe o nível das batalhas que nós passamos.

O amigo sabe os níveis dos limites que rompemos.

O amigo fica firme ao conhecer nossa fraqueza.

O amigo está sempre presente para nos fortalecer.

O amigo está lá quando há dor.

O amigo fica junto e permanece assim de pé, conhecendo nossas crises e nos sustentando em Fé.”

Através dessa homenagem quero deixar meu carinho especial a todos, sem exceção, que me apoiaram na reta final, foram momentos difíceis, mas graças ao amor de Deus, pude contar com verdadeiros amigos, obrigada Ana Carolina Felipe!

Agradeço aos meus primos por estarem em todos os momentos me acompanhando, mesmo longe, Cristiane e Levi Albuquerque, Bianca e Wellington Videira, vocês são bênçãos em minha vida!

Aos meus familiares que estiveram sempre orando por mim.

Aos amigos de honra, Pastor Alexandre e Pastora Liliane Marques, e família, por sempre ativarem o desejo de galgar mais e mais de Deus em cada área da minha vida, e me incentivarem a nunca desistir dos Sonhos de Deus.

Quero dizer que este é o início de um novo tempo para nós!

Vocês fazem parte desta conquista!

“Seja forte e corajoso (...). O Senhor Deus irá na sua frente; ele mesmo estará com você e não o deixará, não o abandonará. Não se assuste, nem tenha medo”

Deuteronômio 31:7-8

Deus seja louvado!

RESUMO

Este trabalho pretende realizar um estudo específico sobre a exclusão do empregado investido de cargo confiança, do controle de jornada previsto no artigo 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, esclarecendo as hipóteses que caracterizam o gerente no citado dispositivo. Tal pesquisa será embasada em posicionamentos doutrinários, bem como por decisões já proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho. A escolha do tema justifica-se pela dificuldade de se caracterizar a função de gerente nas ações trabalhistas, promovidas na Justiça do Trabalho, justamente pelos detalhes oriundos da realidade de cada contrato e pelas definições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho acerca desse tema. É de suma importância a solução do problema, visto que, sendo caracterizada a função de confiança o empregado não fará jus ao recebimento de horas extras, principalmente porque a questão não tem uniformidade na jurisprudência. Desta forma, a partir de uma interpretação correta do art. 62 da CLT, conclui-se que o gerente investido de cargo de confiança, que exerce poderes de gestão e mando, isto é, aquele em cujas atribuições se incluem poderes inerentes à faculdade privativa do empregador de administrar a empresa, ocupando a posição de verdadeiro substituto do empregador e, por isso, possui padrão mais elevado de vencimento, estando excluído do controle da jornada de trabalho. Pesquisar-se-á sobre a compreensão da expressão “cargo de gestão”, contida no artigo 62, II, como ponto modal para a caracterização do empregado ocupante do cargo de confiança.

Palavras Chaves: jornada de trabalho – exclusão – gerente – cargo de gestão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I: JORNADA DE TRABALHO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.....	11
1.1- Evolução histórica da jornada de trabalho: retrospectiva de regulamentação pelo ente estatal.....	11
1.2- Conceito de jornada de trabalho.....	13
1.3- Natureza jurídica	14
1.4- Duração da jornada de trabalho- regulação.....	15
CAPÍTULO II: EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA E EXCLUSÃO DO DIREITO AS HORAS EXTRAS.....	17
2.1- Conceito de gerente	17
2.2- Poder de gestão do empregado gerente.....	19
2.3- Distinção de cargo de confiança e cargo técnico.....	21
2.4- Constitucionalidade do art. 62, II da CLT.....	22
CAPÍTULO III: O CARGO DE CONFIANÇA DE GERENTE PREVISTO NO ART. 62, II DA CLT.....	26
3.1- Art. 62 antes da alteração da lei 8.966/94	27
3.2- Art. 62 após alteração da lei 8.966/94.....	28
3.3- Princípio da primazia da realidade.....	32
CAPÍTULO IV: O USO DO TERMO “PODER DE GESTÃO” E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL.....	34
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

O tema da duração das horas trabalhadas continua sendo de grande importância no direito do trabalho, porque, apesar da limitação do período laboral aos trabalhadores em geral, há uma categoria de empregados, os exercentes de cargo de confiança, que é submetida a extensas jornadas sem receber gratificação das horas extras, em prejuízo de sua saúde, de sua vida familiar e social. Justamente por não lhe ser reconhecido o direito ao recebimento de horas extras, cada vez mais meros chefes, sem poder de gestão algum, mas apenas por possuírem alguns subordinados, são intitulados como exercentes de cargo de confiança, o que tem gerado discussão sobre o conceito de cargo de confiança.

Logo, não basta, simplesmente, o empregado ocupar cargos com as nomenclaturas indicadas na lei para que seja automaticamente enquadrado na excepcionalidade do inciso II, do artigo 62, da CLT. É necessário que no exercício dessas funções o empregado tenha subordinados sob seu controle e fiscalização, delegação do comando superior da empresa para dirigir os respectivos setores da empresa e liberdade de entrar e sair do trabalho quando bem entender; possa admitir, advertir e demitir empregados; seja isento da marcação do ponto; receba gratificação (destacada ou não do salário) não inferior a 40% do salário do cargo efetivo ou 40% superior ao do empregado subordinado melhor remunerado.

Há controvérsia, conforme se verá adiante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência da Justiça do Trabalho, sobre a definição de cargo de confiança a que alude o artigo 62, II, da CLT.

Assim, uma vez caracterizada fraude quanto à jornada de trabalho do empregado o mesmo poderá pleitear o pagamento pelas horas extras e seus devidos reflexos perante a Justiça do Trabalho.

No que concerne às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação bibliográfica e documental.

A pesquisa é compreensiva ou interpretativa, na medida em que se propõe a analisar a doutrina e a jurisprudência existentes sobre o tema e apontar argumentos decisivos que demonstrem a possibilidade de se especificar os aspectos de cargo de confiança, de forma a enquadrar o *gerente* no cargo de fidúcia, a partir de uma interpretação extensiva do art. 62, II e parágrafo único da CLT, levando-se em consideração as práticas abusivas realizadas pelos empregadores. Vale ressaltar que toda a pesquisa é pautada no marco teórico consubstanciado

no princípio da primazia da realidade, vez que busca salvaguardar os direitos dos empregados, tanto no tocante a gratificação adequada, quanto em relação à saúde, à dignidade e ao zelo pelos valores sociais do trabalho.

Para tanto, o primeiro capítulo, abordará a evolução histórica da jornada do trabalho no Brasil e no âmbito internacional, englobando o seu conceito, classificação e natureza jurídica.

O segundo capítulo cuida, especificamente, do exercício de cargo de confiança, exclusão de direito a horas extras, previsto no art. 62 da CLT, e sua constitucionalidade ou não?

O terceiro capítulo abarca a análise do artigo 62, II da CLT e o cargo de confiança do gerente, trazendo uma análise antes e depois da alteração da Lei 8.966/94, levando em consideração o princípio da primazia da realidade.

O quarto capítulo busca a compreensão do termo “poder de gestão” para caracterizar o ocupante do cargo de confiança, com fim de trazer uma solução para lides na relação de emprego.

O que se pretende com o presente trabalho é esclarecer tal controvérsia quanto ao cargo de confiança que o gerente vem exercendo na atualidade. Para isso tem-se que ter um olhar crítico para cada situação, observando o princípio da primazia da realidade sobre a forma, visando atribuir ao empregado uma justa remuneração, preservando a sua dignidade e, com isso, combatendo o enriquecimento ilícito do empregador.

CAPÍTULO I: JORNADA DE TRABALHO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Neste capítulo estão contidos: a evolução histórica da jornada de labor, os conceitos, as distinções, a natureza jurídica, a duração e quem pode ou não ter a jornada controlada.

1.1 Evolução histórica da jornada de trabalho: retrospectiva de regulamentação pelo ente estatal

Na antiguidade, em que o trabalho era escravo, não se cogitava regulamentar a duração da jornada de trabalho. Entretanto, os proprietários desses escravos, exatamente para preservarem seu patrimônio, não os submetiam a longas e imensuráveis jornadas, pois sem esse cuidado aumentaria por certo o índice de enfermidades e morte prematura entre os trabalhadores (escravos).

No medievo, de um modo geral, conforme o ensinamento de CARLOS GARCIA OVIEDO, prevalecia a jornada de sol a sol. Apenas no trabalho realizado em minas havia jornadas mais reduzidas, sem o necessário controle por parte do patronato.

A Revolução de 1789, na França, deu início ao liberalismo econômico, o que provocou um aumento da carga horária por parte do patronato. A matéria sujeita as normas do Direito Civil, determinava o livre ajuste de qualquer duração para a jornada de trabalho, assim como não havia a exigência de salários- mínimos, prevalecendo, dessa forma, a mais absoluta autonomia da vontade.

Em meados do século XVII e XVIII a jornada de trabalho Européia era em média de 13 (treze) horas, chegando a alguns casos até 16 (dezesseis) horas ininterruptas diárias principalmente nos primórdios do sistema de produção capitalista.

Diante de uma jornada de trabalho que beirava dezoito horas por dia e a reduzida remuneração, os homens eram compelidos a permitir e incentivar que suas esposas e filhos trabalhassem, o que aumentava a oferta de mão de obra, baixando os salários e favorecendo as jornadas excessivamente longas. “Tudo isso, sem nenhuma assistência social e condições de trabalho anti-higiênicas que contribuía com o abalo gradual da saúde dos trabalhadores,

colocando em risco o próprio futuro da humanidade. Porém, alguns patrões tentaram tomar iniciativas particulares para melhorar a situação dos empregados. O Owen foi primeiro a implantar uma jornada laboral reduzida, segundo DE LA CUEVA, em seus estabelecimentos, mas seu exemplo, apesar de exacerbada propaganda, não foi seguido. Apenas em algumas indústrias, como a de tecidos, foi fixada a jornada de trabalho em onze horas”.¹

Dessa forma, a jornada de labor ficou sem controle, a ponto do Estado (“premido pela força ascendente das organizações sindicais”) ter de interferir na regulamentação do número diário de horas de trabalho.

Na Alemanha, por exemplo, uma sequência de leis, de 1839 a 1856, cuidou de tratar o assunto. Proibiu-se o trabalho dos menores. Outras ações de proteção ao trabalho, especialmente aos menores, foram adotadas. Inglaterra e França, entre outros países, legislaram no mesmo sentido. Em 1847, o parlamento inglês aprovou a lei que reduziu a 10 horas a jornada máxima de trabalho.

No ano seguinte, na França, chegou a ser implantada a jornada de dez horas em Paris e de onze nas províncias, mas um decreto fez com que aumentasse a duração máxima do trabalho diário para onze horas nas usinas e manufaturas, fazendo com que as demais categorias ficassem na mesma jornada, mas não houve qualquer sistema de fiscalização visando o cumprimento da lei.

Entretanto, o movimento favorável a uma jornada laboral mais digna ao ser humano prosseguiu. Em 1866, o Congresso Geral dos Trabalhadores norte-americanos iniciou a luta pela jornada de oito horas, ou melhor, pela realização dos três oito: oito horas de trabalho, oito horas de repouso e oito para outras atividades. No mesmo ano, o Congresso Operário Internacional de Genebra aderiu ao movimento e a Internacional socialista propagou a ideia, entendendo-a como veículo eficaz para atrair os trabalhadores para o marxismo.

Entre os Congressos internacionais que tratavam da redução da jornada laboral diária de trabalho destacam-se o Internacional dos Trabalhadores (Genebra, 1866), o da Associação Internacional dos Trabalhadores (Baltimore, 1867), o Socialista (1877), o da Assembléia dos Industriais Cristãos da Região Norte da França realizado em Lille, a Conferência Operária de Paris (1883) e o Socialista de Paris.

A classe patronal alegava que a redução da jornada laboral iria encarecer os produtos, colocando os Estados que se vergassem às exigências dos empregados em posição difícil para fazer face à concorrência internacional. Os trabalhadores, por outro lado,

¹ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. *A Jornada de Trabalho no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/05/mna.htm>. Acesso em: 22/04/2012.

sustentavam que a sua remuneração sofria com uma jornada demasiadamente longa e inclusive nem mesmo no início do dia era considerável pela falta de suficiente repouso entre duas jornadas de trabalho. Essa situação, perdurou no mundo todo até o término da Primeira Guerra Mundial, com exceção do Uruguai que já em 1915 fixara a jornada laboral máxima em oito horas.

Finalmente, a Carta internacional de Versalhes, em 1919, recomendou a adoção da jornada de oito horas ou da semana de quarenta e oito horas de serviço, seguindo tal entendimento a Conferência Internacional do Trabalho, de 29 de outubro de 1919, em Washington.

Por conseguinte, verifica-se, que a semana de 48 horas, que pareceu intangível durante alguns anos, tende a ser substituída por uma duração menor do trabalho semanal, de que é precursora a lei americana que tratava das justas condições de trabalho, de 1938.

No Brasil, com a vigência da 1ª. Carta Magna da República, o Decreto n. 1.313, de 17/01/1871 restringiu-se a duração da jornada de trabalho dos menores trabalhadores.

O Decreto n. 21.186, de 21/03/1932, regulou a jornada de trabalho no comércio em oito horas e o Decreto n. 21.364, de 04/05/1932, tratou do mesmo tema no âmbito industrial.

A Constituição de 1937 especificou “dia de trabalho em oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei” (art. 137, i). Posteriormente, fora publicada a CLT, em 01/05/1943, que incorporou o Decreto-lei n. 2.308 e o restante da legislação esparsa sobre a matéria.

A Constituição de 1946 estabeleceu a duração diária de trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei (art. 157, V).

Já a Constituição de 1967 determinou a duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo nos casos especialmente previstos (art. 158, VI). A EC n. 1, de 1969, praticamente tem a mesma redação: “duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos” (art. 165, VI). Por fim, a Constituição de 1988 alterou a orientação que vinha sendo determinada constitucionalmente, estabelecendo no seu art. 7º: a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.” No inciso XIV do mesmo artigo dispõe: “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.”

1.2 Conceito

É de grande importância esclarecer o conceito da jornada de trabalho, favorece ao meio trabalhista, pois uma vez observado serve de apoio para caracterizar os direitos e as garantias dos operários diante do fato em questão.

Isto posto, com respeito ao conceito de Jornada de Trabalho, MARTINS define e analisa: "Jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado. [...] tem que ser analisado sob três prismas: do tempo trabalhado, do tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere*".²

Para Delgado: "Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. [...] A jornada de trabalho mede a principal obrigação do empregado no contrato - o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador".³

Já para Carrion, a jornada seria o lapso de tempo no qual o empregado deve prestar serviço ou permanecer à disposição, com habitualidade, excluídas as horas extraordinárias.

Sendo assim, o conceito de jornada de trabalho pode ser definido pela totalidade do tempo de trabalho ou da pré-disposição a ele que o empregado presta ao empregador, considerando todo o tempo efetivamente trabalhado e os intervalos de descanso (excetuadas as horas extras) e também em alguns casos específicos o tempo *in itinere*, tudo isso em decorrência do contrato de trabalho entre as partes firmado.

Vale ressaltar uma distinção importante de dois conceitos distintos que por vezes acabam sendo indevidamente confundidos. Jornada de trabalho não pode ser considerada como horário de trabalho, pois este conceito nada mais é que a definição do início e fim da jornada de um empregado, ou seja, para um empregado que inicia suas atividades diariamente das 09h00 da manhã às 18h00, com uma hora de almoço, tem como jornada de trabalho 08h00 diárias e como horário de trabalho das 09h00 às 18h00, com uma hora de intervalo.

1.3 Natureza das Normas Referente à Jornada

² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo. Atlas, 2001. p. 437

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 5ª ed., 2007, p. 833

Diante do interesse do Estado de limitar a jornada de trabalho, criaram-se as chamadas *normas imperativas*, que têm natureza jurídica de ordem pública. Por essa razão, a renúncia, pelo trabalhador, no âmbito da relação de emprego, a alguma vantagem ou estatuto resultante de normas respeitantes à jornada é absolutamente inválida.

No entanto, diante da jornada laboral do empregado gerente não há renúncia do princípio constitucional, como se verá em seguida, mas, sim, uma simples presunção da inexistência do controle de jornada. Nesta hipótese, apenas inverte-se o ônus da prova, pois o empregado deverá demonstrar que, apesar do cargo de confiança, tinha que cumprir determinado horário de trabalho, submetendo-se à fiscalização do empregador.

1.4 Duração da jornada de trabalho - Regulação

A duração da jornada deverá ser de até 8 (oito) horas diárias ou 44 (quarenta e quatro) horas semanais, salvo lei especial, negociação coletiva, conforme as regras gerais que são definidas na CF/1988 no seu artigo 7.º e no Art 58 da CLT:

Art. 7º da CF/88:

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 horas semanais, facultadas as compensações de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Art. 58 da CLT:

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

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

§ 2º – O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o

tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

Apesar de estas regras abrangerem quase todas as categorias profissionais existentes, há exceções, específicas, dentre elas a categoria dos empregados que não podem se adequar a horários ou locais fixos para executar suas atividades, conforme previsto no art. 62 da CLT:

Art. 62. Não se compreendem no regime deste 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.

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).

O presente estudo limita-se à compreensão do exercício do cargo de confiança exercido pelo empregado gerente, situação prevista no multicitado art. 62, II da CLT.

CAPÍTULO II: EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA E EXCLUSÃO DO DIREITO AS HORAS EXTRAS

O Capítulo II do Diploma Legal Trabalhista (CLT) foi destinado a regulamentar a duração do trabalho dos empregados através da fixação de regras sobre jornada laboral e da imposição de limites à autonomia privativa e coletiva, assim como, da saúde no trabalho.

Entretanto, o art. 62 da CLT, cuidou de excluir das disposições previstas no capítulo certas categorias de trabalhadores em que se tornam inviáveis o efetivo controle e fiscalização sobre o cotidiano de suas jornadas laborais, devido as circunstâncias em que o serviço é prestado (atividade externa) ou pela importância do empregado na estrutura hierárquica da “empresa”, em virtude do cargo que ocupa.

O enfoque desse estudo será voltado à análise do art. 62, II da CLT, com relação aos empregados que exercem cargo de confiança, visando depurar a norma para dirimir sua aplicação nas lides trabalhistas atuais e esclarecer a intenção do legislador quando alterou a lei em 1994.

Contudo, antes de examinar os contornos da norma trabalhista, cumpre definir o conceito e distinções do cargo de confiança, assim como analisar se o texto legal (art. 62, II da CLT) foi recepcionado pela Constituição Federal, à luz do que preconiza o art. 7º, XIII da CF de 1988, além de exibir as alterações trazidas pela Lei 8.966/94.

2.1 Conceito de gerente

Segundo, o autor Sérgio Pinto Martins, há uma problemática: “A maior dificuldade consiste em dizer quem é gerente, pois o empregado pode ser rotulado de gerente, mas efetivamente não o ser, ou não ter poderes para tanto”⁴, beneficiando algumas empresas da liberdade de controle de jornada, em detrimento do empregado, ao lhe privar do direito a horas extras. Seus reflexos serão vistos mais adiante no decorrer deste trabalho.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo. Atlas, 2001. p. 445.

A jurisprudência, em sua maioria, tem se posicionado no sentido de que o empregado gerente, mesmo possuindo maior autonomia e poder de gestão, ainda assim está vinculado ao poder da diretoria ou do proprietário da empresa. Cabe citar a decisão do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo:

EMPREGADO GERENTE. SUBORDINAÇÃO À DIRETORIA DA EMPRESA. Ausência de descaracterização. Não descaracteriza o exercício do cargo de gerente, com amplitude de poderes, o fato de este prestar contas e se encontrar subordinado a diretor da empresa. Ora, o gerente tem gama ampla de atuação, mas, por óbvio, deve sujeitar-se ao poder da diretoria, visto que não é o efetivo empregador. Entendimento em sentido contrário faria com que o empregado gerente se arrogasse, em verdade, à condição de proprietário da empresa, pois a ninguém deveria prestar contas. Exercendo o recorrente o cargo de gerente, não se encontrava sujeito ao controle de horário e, por expressa disposição legal, não faz jus ao recebimento de horas extras, adicional noturno e reflexos.- (TRT 2 – Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região -São Paulo-, 21 de maio de 2002. 20010395371 RO – Ac. 03ª T. 20020343072/2002. Rel. Mercia Tomazinho).

Como já afirmado em parágrafos anteriores, a CLT não traz uma definição de quem deva ser considerado empregado exercente de cargo de confiança, mas enumera de forma não taxativa os cargos. Primeiramente, para a estrutura bancária (CLT, art. 224, §2º) e, posteriormente, para todas as categorias e não apenas aos bancários, mostrando que são cargos de confiança os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, os diretores, e chefes de departamento ou filial (CLT, art. 62, II).

O “cargo” é a denominação do conjunto de atribuições exercidas pelo empregado, e “funções” são especificamente as atividades que ele executa em decorrência do cargo⁵. Um exemplo seria um empregado que exerce o cargo de gerente, sendo que a sua função é de gerente comercial. São duas faces da mesma moeda. Ressalta ainda: “Entende-se que o cargo de confiança é aquele da alta cúpula administrativa da empresa, cujo exercente tenha o poder de representá-la, não sendo de confiança os cargos técnicos [...]”.

Vale frisar, a distinção entre o conceito de cargo de confiança e altos empregados, conforme aduz Arnaldo Süssekind:

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito / relações individuais e coletivas de trabalho*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 596.

“Os gerentes e diretores-empregados, de que cogita o art. 62 da CLT, tal como definido no seu parágrafo único, são os investidos em cargos de gestão pertinentes à administração superior da empresa, enquanto que os chefes de departamentos e filiais são os que, no exercício desses cargos de alta confiança, têm delegação do comando superior da empresa para dirigir e disciplinar os respectivos setores. Mas, para excluí-los da aplicação do capítulo "Duração do Trabalho", a nova lei exige ainda que os salários não sejam inferiores aos dos correspondentes cargos efetivos acrescidos de 40%. Esse plus pode concernir à gratificação de função ou estar embutido, a qualquer título, no salário do cargo de confiança”.⁶

Logo, não basta, simplesmente, o empregado ocupar cargos com as nomenclaturas indicadas na lei para que seja automaticamente enquadrado na excepcionalidade do inciso II, do artigo 62, da CLT. É necessário que o empregado efetivamente possua encargos de gestão, tais como, possibilidade de dar ordens, admitir, demitir ou punir empregados, além de receber uma remuneração superior ao salário efetivo de, no mínimo, 40%.

2.2 Poder de Gestão do empregado gerente

Tal definição é de grande relevância para defesa do presente trabalho.

Para Sérgio Pinto Martins, existem alguns requisitos que devem ser respeitados com o fim de configurar o poder de gestão exercido pelo empregado gerente ou assemelhado a esse, conforme a redação do art. 62, II, da CLT:

*“É gerente o que tem poderes de gestão, como admitir ou dispensar funcionários, adverti-los, puni-los, suspendê-los, de fazer compras ou vendas em nome do empregador, sendo aquele que têm subordinados, pois não se pode falar num chefe que não têm chefiados”.*⁷

O poder de gestão exercido pelo empregado gerente compreende atribuições em que se incluem poderes inerentes à faculdade privativa do empregador de administrar a empresa,

⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Ed. LTr, 21ª ed, vol 2, pág. 803.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo. Atlas, 2001. p. 445.

isto é, planejar, direcionar e fiscalizar, de forma a substituir a função de empregador. Assim como, poderes para admitir, dispensar e punir empregados; e não sofrer qualquer controle diário, pessoal e direto do empregador, vez que possui autonomia e amplos poderes de mando e gestão.

Segundo o dicionário Aurélio, a palavra “poder” tem o seguinte significado: “capacidade ou possibilidade de fazer uma coisa; direito de agir, de decidir, de mandar; conjunto de atribuições que alguém pode exercer em função do seu cargo...”⁸.

Já a palavra “gestão” é definida como: “ação de gerir; gerência, administração; gestão de negócios, diz-se quando uma pessoa administra os negócios de outra, por eles se responsabilizando solidariamente, mas sem autorização legal”⁹.

O “poder de gestão” é tido como o poder e responsabilidade do gerente em tomar decisões para gerenciar uma empresa, ou seja, ele fica na condição de “alter ego” do empregador, representado-o e se confundido com o mesmo.

É importante destacar ainda, que o trabalhador que exerce cargo de confiança, apesar de ser também um empregado, a rigor não se confunde com um subordinado comum, em face de estar em posição hierarquicamente superior, de colaboração e até exercício do poder diretivo na empresa. Além da fidúcia que nele é depositada pelo empregador, não se confunde com uma confiança normal e inerente a toda relação de emprego, mas é um elemento objetivo da relação, expressão do cargo ocupado.

Desta forma, para se caracterizar gerente tem que se observar:

- Amplos poderes ao cargo de gestão e mando;
- Autonomia;
- Substitui o empregador;
- Possui condição de “alter ego” do empregador;
- Poderes para admitir, dispensar e punir empregados;
- Poderes de administração, planejamento, direção e fiscalização da empresa.

Contudo, conforme a realidade apresentada em cada caso, há hipóteses que descaracterizam tal função. Isso acontece quando ocorre:

- Um controle diário, pessoal e direto;
- Um controle na jornada de trabalho.

⁸ AURÉLIO, Dicionário. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/Poder.html>. Acesso em: 20/04/2012.

⁹ AURÉLIO, Dicionário. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/Gestão.html>. Acesso em: 20/04/2012

É importante destacar que a questão dos atos de gestão quanto ao cargo de confiança não podem ser considerados taxativamente. Por este motivo, é de suma importância o princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, vez que nem sempre a realidade do fato condiz com os documentos do contrato de trabalho. Tal princípio faz prevalecer a realidade sobre a forma.

2.3 Distinção de cargo de confiança e cargo técnico

Muitas pessoas confundem alto empregado com exercente de cargo de confiança técnica. O alto empregado enquadra-se em cargo de direção de caráter permanente, administrativo (onde o titular representa o empregador ou a direção deste, com certa autonomia administrativa, denotando um exercício de função de confiança) e cargo de direção de natureza estritamente técnica (conferidos aos empregados especializados, que chefiam divisões, departamentos ou seções, sendo que, aqui, a autonomia é técnica, e, muitas vezes, inexistente ou rarefeita é a independência administrativa).

Os cargos de direção técnica estão ligados especificamente à capacidade que o empregado demonstra sobre um determinado ofício, arte ou profissão. J. Antero de Carvalho¹⁰ ensina que, embora exerçam função hierárquica superior, os “diretores técnicos” não podem ser considerados empregados de confiança, por não possuírem autonomia administrativa:

“Aqueles que, entretanto, exerçam função hierarquicamente superior; sem dispor dos destinos da empresa e sem que, por seus atos, possam responsabilizar a empresa, em última instância e fora do controle direto em cada caso, do empregador – esses não são empregados de confiança, no sentido estrito e ‘estabilitário’ do termo.”

A juíza Mônica Sette Lopes, citando Arnaldo Sussekind¹¹, em seu artigo “O Tempo e o art.62 da CLT-Impressões do Cotidiano”, segue o entendimento que os cargos de chefe de oficina, chefe de clínica e o de maitre d’hotel, estão excluídos do cargo técnico, vez que não é a técnica exigida que afasta a incidência do dispositivo, mas a base remuneratória que,

¹⁰ CARVALHO, J. Antero de. *Cargos de direção no direito do trabalho*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1995. p. 35.

¹¹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 356)

normalmente, não reserva ao cargo técnico valores significativos, não correspondendo a uma remuneração diferenciada que atenda ao pressuposto do art. 62, II da CLT. Nas palavras da juíza, “eles são remunerados com quantitativos médios, os quais, se os distinguem de empregados subalternos, não são suficientes para fazer deles empregados que se destaquem na estrutura de empresa ou níveis gerais de empregabilidade”¹².

Desta forma, os gerentes ou diretores técnicos são destituídos de qualquer poder de representação, vinculando-se o seu comando ao aspecto puramente técnico. Por isso, o seu ocupante raramente controla o horário, admite ou pune empregados; apenas comunica a falta de um empregado ou indica quais os que merecem ser promovidos, contratados ou despedidos. Logo, os altos empregados ocupantes de atribuições técnicas não representam, necessariamente, sinônimos de cargo de confiança. Diferentemente, da delegação de poder de comando investida ao empregado gerente.

Portanto, pode-se dizer que, no aspecto objetivo, os empregados exercentes de cargo de confiança seriam aqueles que desempenham uma função de confiança excepcional, a qual compreende um complexo de tarefas, atribuições e poderes, subrogando-se ao status de proprietário do empregador, com o intuito de permitir a existência da empresa e de promover a lucratividade do negócio.

Já o aspecto subjetivo do conceito de cargo de confiança está atrelado ao modo com que se apresenta a sua relação de emprego no mundo dos fatos, isto é, a subordinação é diminuída e a onerosidade é excessiva, já que extrapola o caráter alimentar do salário, a fim de compensar a alta hierarquia do seu cargo e a confiança especial a ele confiada.

2.4 Constitucionalidade do art. 62, II da CLT

A Constituição Federal de 1988 assegurou direitos mínimos que devem ser outorgados a todo trabalhador, com o objetivo de proporcionar melhores condições de trabalho, conforme observa-se no inciso XIII do art. 7^a da Carta Magna:

“a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e

¹² LOPES, Mônica Sette. *O Tempo e o art.62 da CLT-Impressões do Cotidiano*. Ed, LTr. Revista de Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Repositório de Jurisprudência. Revista LTr. 76-01. Vol. 76, nº01, janeiro de 2012. p.77.

a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Diante desta limitação da jornada do trabalho prevista na Constituição tem se questionado a constitucionalidade do art. 62 da CLT que exclui empregados do regime de duração de trabalho.

Há quem defenda a inconstitucionalidade, pois entende que não cabe ao legislador ordinário restringir ou suprimir direitos mínimos assegurados constitucionalmente.

É o que assinala, por exemplo, Luciano Martinez¹³:

“Os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho e os altos empregados, segundo básica hermenêutica constitucional, têm sim, direito à percepção de horas extraordinárias, porque o dispositivo no art. 7º, XIII do texto fundamental não excepciona qualquer empregado, exceto o doméstico, do direito de ter ‘duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais’. Observe-se, aliás, que, segundo o espírito constitucional, é admissível a duração de trabalho em padrões mais favoráveis, nunca em padrões menos cômodos. Assim, o disposto no art. 62 da CLT, a despeito de respeitáveis opiniões em sentido contrário, não foi recepcionado pelo texto constitucional na parte que exclui do regime de jornada os mencionados exercentes de atividades externas e o altos empregados. Perceba-se, então, que a interpretação de aplicabilidade do citado art. 62 está em desacordo com novos comandos da Constituição de 1988”.

O autor entende, assim, que a lei infraconstitucional apenas é válida na hipótese de impor melhorias nas condições de trabalho, pois o núcleo mínimo delineado pela Constituição é impenetrável e imutável. Porém, acaba se curvando a constitucionalidade do art. 62 da CLT.

Contudo, Vólia Bomfim Cassar, sustenta a constitucionalidade do art. 62, com fulcro de que a Constituição estabeleceu a regra geral, não impedindo as leis ordinárias de regular as exceções.

A 5ª Turma do TST assim deliberou:

“O art. 62 da CLT foi recepcionado pela atual Carta Magna pois exceptua circunstâncias de trabalho não sujeitas a horários ou nas quais o controle da jornada se faz impraticável, em presença das quais inexistente obrigação de remunerar como

¹³ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283-284.

extraordinários o trabalho prestado. Essas disposições, por específicas, não se atritam, mas ao contrário, complementam a norma genérica do art. 7º, inciso XIII, da CF”. (TST, RR 313.641/96.6 Ac. 10.531/97, Rel. Armando de Brito).¹⁴

Arnaldo Sussekind¹⁵ também compartilha deste entendimento:

“A circunstância de ter a Constituição de 1988 limitando a ‘duração do trabalho normal’ ‘a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais’ (art. 7º, XIII) não se atrita com essas disposições de caráter excepcional, como não vulnerou a redação anterior do art. 62. Primeiro, porque, como adverte, com argúcia, *Octavio Buego Magano*, o adjetivo ‘normal’ concerne a ‘trabalho’ e não a ‘duração’. Depois, porque os empregados a que alude o inciso I do dispositivo em foco prestam serviço sem submissão de horário e fora do controle do empregador, enquanto os gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial desfrutam de posição singular na empresa, nela exercendo o poder de comando.”

Assim, observa-se que os doutrinadores que declaram a constitucionalidade do dispositivo de exclusão do limite da jornada, entendem que a Constituição apenas demarcou as fronteiras ou os limites para duração “normal” do trabalho, de modo que as disposições de caráter excepcional, como já citado artigo, não colidem com o prescrito no art. 7º, XIII da CF.

Visto isso, o artigo 62 deverá ser examinado, não sob uma ótica discriminatória, em que o legislador restringiu direitos a determinada categoria de trabalhadores em afronta ao preceito constitucional, mas como uma presunção relativa de que, nas hipóteses ali previstas, a jornada não é sujeita a controle ou fiscalização em virtude de circunstâncias excepcionais (serviço externo ou cargo de confiança), incumbindo ao empregado provar o contrário e elidir a presunção firmada por lei.

Maurício Godinho Delgado, parece sanar as controvérsias existentes a respeito do art. 62, que foi recepcionado pela CF/88, mas adverte que o dispositivo deve ser interpretado como uma simples presunção da inexistência do controle de jornada e não como verdade absoluta aplicável em todas as situações tipificadas no dispositivo legal. Nesta hipótese,

¹⁴ Julgado extraído da obra de CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35 ed. Atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008, p.142.

¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segades; TEIXEIRA, Lima *Instituições de Direito do Trabalho*. 22 ed. Vol 02. São Paulo: LTr, , 2005, p. 810.

apenas inverte-se o ônus da prova, pois o empregado deverá demonstrar que, apesar do cargo de confiança, tinha que cumprir determinado horário de trabalho, submetendo-se à fiscalização do empregador.

Alice Monteiro de Barros (2008, p.672-673) adota a mesma interpretação: “Ora, as exceções devem se verificar não em razão da função, mas da fiscalização, independentemente do cargo ocupado pelo obreiro. Entendemos que o citado parágrafo único não excetuou os gerentes do direito ao pagamento de horas extras, quando existir a fiscalização sobre o seu trabalho. O dispositivo em questão é meramente explicativo, limitando-se a definir qual é o padrão mais elevado de vencimentos, que aliás já constava da redação antiga, sem explicar o valor, e nem por isso estava o gerente afastado das normas sobre duração do trabalho, se sujeito à fiscalização”. “Esta compreensão se coaduna com a fidelidade da norma, pois o legislador quis excepcionar uma categoria de trabalhadores do regime de horas extras quando, por exemplo, incompatível a fiscalização da jornada com serviço prestado. Logo, sendo possível aferir ou controlar o horário de trabalho, por qualquer meio (v. g., relatório de visitas ou itinerário) as disposições acerca da duração do trabalho se aplicam ao trabalhador externo ou ao exercente de cargo de confiança”.

Conclui-se, então, que o dispositivo da CLT, na verdade, não viola o art. 7º, XIII da CF, visto que o constituinte prescreveu a duração do trabalho “normal”, fixando, assim, a regra e deixou a cargo da lei ordinária regular as situações específicas que dependem de disciplina adequada a peculiaridade do caso concreto.

O artigo 62 da CLT é responsável, portanto, pela exceção ao limite da jornada dos trabalhadores externos e os que exercem cargo de confiança, já que se torna inviável a fiscalização da jornada nestas hipóteses. Porém, havendo a possibilidade de controle, cabe ao empregado provar tal fato.

CAPÍTULO III: O CARGO DE CONFIANÇA DE GERENTE PREVISTO NO ART. 62, II DA CLT

O Capítulo II da CLT, a partir do art. 57, trata da duração do trabalho e, especialmente, no art. 58, estabelece que em qualquer atividade privada, a duração normal do trabalho não excederá de oito horas diárias. Todavia, em seu art. 62, observam-se hipóteses não abrangidas por esse regime, dentre eles, consoante inciso II do referido dispositivo:

“os gerentes, assim considerados os exercentes de cargo de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do dispositivo neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.”

Todo contrato de emprego é permeado pela confiança que o empregador deposita no empregado contratado, eis que o novo “funcionário” integra a estrutura organizacional do empreendimento e passa a fazer da dinâmica empresarial, tendo acesso a um conjunto de informações privilegiadas e, às vezes, confidenciais.

Para Alice Monteiro (2008, p. 268), esta confiança pode ser classificada em: **genérica** ou **inespecífica**, inerente aos contratos de emprego; **específica** ou **estrita** distingue a confiança específica da estrita, consignando que a primeira pertence aos bancários (art. 224, § 2º da CLT) e a segunda aos empregados que ocupam os cargos descritos no art. 499 da CLT, que se atribui aos empregados capitulado no art. 499 da CLT, ou seja, os ocupantes de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, além dos bancários previstos no art. 224, § 2º da CLT; e, por derradeiro, **excepcional**, outorgada ao gerentes e chefes de departamento e/ou filial, nos termos do art. 62, II da CLT.

Os empregados que são dotados de confiança excepcional pelo empregador, inseridos no art. 62, II da CLT, exercem amplos poderes de mando e gestão, sem necessidade de convalidação do seu ato por autoridade superior.

Situam-se na categoria dos altos empregados e, em face da importância dos seus cargos na estrutura da empresa, possuem subordinação jurídica relativizada. “São, em princípio, vistos pela doutrina como empregados que, em face de suas atribuições, têm a seu cargo a marcha e o destino geral da empresa ou, ainda, possuem conhecimento dos segredos dessa organização de trabalho”(BARROS, 2008, p. 269).

Entretanto, a sua condição de *alter ego* do empregador tem sido alvo de discussão na doutrina após a modificação inserida pela Lei 8.966/94 no art. 62.

É sobre este aspecto que se debruça o tópico subsequente.

3.1 Art. 62 antes da alteração da lei 8.966/94

A redação anterior do art. 62 da CLT excluía do capítulo relativo à Duração do Trabalho “os gerente, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal” (redação do art. 62).

Segundo Sergio Pinto Martins (2001, p. 445): “considerava-se gerente ou empregado de confiança aquele que tinha mandato da empresa, que, como qualquer contrato, pode ser escrito ou verbal”.

Exercia assim, o gerente ou o empregador de confiança encargos de gestão, admitindo ou dispensando funcionários, fazendo compras e vendas em nome da empresa, além de ter padrão mais elevado de vencimento do que outros funcionários. Atuava-se como se fosse o próprio empregador, realizando encargos e prerrogativas do empregador.

Cabe ressaltar, que a jurisprudência adotava uma interpretação restritiva ao tipo legal constante no art. 62, b, na esteira da teoria de Mario de La Cueva, que apontava pela necessidade do exercente de função de confiança ser uma extensão da figura do empregador (a sua *longa manus*), de modo que o exercício das prerrogativas do cargo poderiam colocar em risco o desenvolvimento e a própria existência da empresa.

Deste modo, o empregado era destinatário de elevada fidúcia e situava-se em posição de relevo e de destaque na hierarquia da empresa, possuindo poder de decisão e representação, o que o fazia confundir, por vezes com o próprio empregador.

Maurício Godinho Delgado explica a posição da jurisprudência da época e os seguintes requisitos que se exigiam para caracterizar o cargo de confiança: a) função e poderes elevados de gestão com respeito à dinâmica da empresa; b) função e poderes de representação; c) inequívoca distinção remuneratória a seus detentores, em face dos demais empregados da mesma organização.

A preocupação de doutrinadores e magistrados era de limitar as hipóteses de incidência do art. 62, b, uma vez que a sua aplicação no caso concreto significava subtrair direitos e garantias dos trabalhadores enquadrados no dispositivo legal, pois, apesar de receberem remuneração diferenciada, não seriam submetidos ao regime de jornada disciplinada na CLT e na própria Constituição Federal, ficando suscetíveis a excessos e arbitrariedade por parte do seu empregador.

3.2 Art. 62 após alteração da lei 8.966/94

O artigo 62 da CLT foi alterado pela Lei nº 8.966/94, agora não mais se exige que o exercente de cargo de confiança detenha poderes de representação plena do empregador, e sim, o exercício de cargo de gestão, que consiste na representação do empregador em vários setores e serviços da empresa ou em ramo relevante de sua atividade, com poder de mando e liberdade de decisão.¹⁶

O inciso II do art.62 da CLT continua utilizando a palavra *gerente*. Como visto anteriormente há dificuldade em dizer quem é gerente, pois o empregado pode ser rotulado de gerente, mas efetivamente não o ser, ou não ter poderes para tanto. Da mesma forma, é difícil explicar o que é empregado de confiança, pois, para o empregador, o empregado é de confiança e o empregado muitas vezes não se considera de confiança, pois não tem amplos poderes para tanto.

A novidade perpetrada pela Lei 8.966/94 foi inserir o parágrafo único do art. 62 um critério remuneratório dos cargos de confiança, que não pode ser inferior a 40% do salário correspondente ao cargo efetivo.

Algumas situações, entretanto, podem surgir no caso concreto, tornando nebulosa a aplicação do referido parágrafo único, deixando lacunas na lei.

O legislador não previu, por exemplo, a hipótese em que o empregado é admitido diretamente no cargo de confiança por uma empresa que não dispõe de plano de cargos e salários, não existindo subordinados no departamento em que atua. Da mesma forma, a questão do “cargo técnico”.

Vólia Bomfim Cassar (2011) defende quanto a questão do padrão mais elevado de vencimento imposto pela legislação:

“Neste caso, tal exigência não aplicará, pois não se pode pagar 40% a mais daquilo que nunca foi pago. Da mesma forma Gabriel Saad. Caso existam empregados imediatamente inferiores, mesmo que não subordinados ao alto empregado, basta que este tenha padrões mais elevados de ganhos salariais comparativamente ao

¹⁶ BRASIL. Minas Gerais. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00381-2008-109-03-00-1. Juíza Relatora Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida. Julgado em 22/11/2008. p. 16. Disponível em http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=625347. Acesso em 21/05/2012.

demais, sem o critério objetivo dos 40% a mais. Concluimos, pois que o requisito (40% a mais) não é da essência do ato, sendo mero requisito accidental.”

Tal tese deve ser analisada com reservas. Isto porque situações excepcionais não disciplinadas em lei não têm o condão de transformar requisito obrigatório em accidental, contrariando a disposição da norma. Impõe-se, portanto, a observância do critério de remuneração estabelecido nas hipóteses que se enquadrarem no § único do art. 62 da CLT.

Se o caso concreto foge à normatização legal, aí sim pode se valer de critérios alternativos, já que a situação não se amolda com perfeição ao modelo que foi estabelecido pelo legislador. O que não se permite é flexibilizar a regra, tornando-a requisito por conta de uma simples exceção.

Até porque a exceção não está tipificada, pois se a lei menciona a necessidade de salário efetivo, que não existe quando o empregado é contratado diretamente para exercer a função de confiança, não há motivo para obedecer à exigência do plus de 40%, bastando ter remuneração superior a auferida por outros empregados da empresa ou ter um salário-base destacado de uma gratificação de função, que será tomada como parâmetro para futuras contratações.

A lei 8.966/94 inseriu ainda os chefes de departamento ou filial no rol da função de cargo de confiança ao lado dos gerentes e diretores, o que também provocou acirrados debates na doutrina e na jurisprudência, como visto cima.

Há quem sustente que pode ser dispensada para configuração do cargo de confiança a existência de subordinados e o exercício dos encargos de representação. Persiste, todavia, a necessidade do empregado dotado de fidúcia especial possuir poderes de gestão, embora o exercício seja mais restrito, pois sua atividade não coloca, necessariamente, em risco a existência da empresa.

É o que defende Arnaldo Sussekin, pois para ele é essencial, nos termos da lei, a existência de encargos de gestão, seja para os gerentes e diretores-empregados, seja para os chefes de departamentos e filiais, já que eles dispõem de certo poder para dirigir a empresa ou resolver questões relacionadas à sua administração, de modo que continuam sendo destinatários de uma confiança excepcional. Desta forma, não teria necessidade de representarem os seus empregadores através de mandato e o exercício das prerrogativas da função de confiança não coloca em risco o desenvolvimento e a própria existência do empreendimento. Conforme pode ser observado na decisão prolatada pela Turma Recursal de Minas Gerais, no julgamento do recurso ordinário interposto nos autos do processo nº 00625-2008-030-03-00-2:

“HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA - ART. 62, INCISO II, DA CLT. Em face da alteração do artigo 62 da CLT pela Lei 8.966/94, ocorreu a ampliação daqueles empregados que não fazem jus a horas extras, não se exigindo mais que o ocupante do cargo de confiança seja considerado como verdadeiro *alter ego* do empregador, nem que detenha mandato legal. Nos moldes previstos no artigo 62, inciso II, entre os detentores dos cargos de confiança, não sujeitos à fiscalização e controle da jornada, estão os supervisores, inspetores, gerentes e chefes de departamento ou filial, que embora possam estar subordinados a outros diretores, gerentes ou a algum outro departamento, são considerados, dentro da hierarquia da empresa, elementos dotados de certo grau de comando, administração e representação na prática de determinados atos, além de possuir um padrão salarial mais elevado em comparação com os demais empregados do estabelecimento ou do setor”.¹⁷

Por outro lado, há quem entenda que a lei não alterou a essência da caracterização do cargo de confiança, que não prescinde do exercício de amplos poderes de mando e gestão, considerando que o empregado dotado de confiança irrestrita se confunde com figura do seu empregador, sendo o seu *alter ego*.

Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 703) compartilha desta tese. Para a autora, a lei 8.966/94 apenas fixou mais um requisito para configuração do cargo de confiança: salário superior a 40% do cargo efetivo, tornando mais concreto e objetivo o padrão elevado de vencimentos previsto pelo antigo art. 62, b, da CLT. O substrato da norma, porém, manteve-se incólume, devendo continuar se aplicando no caso concreto a teoria inspirada em Mario de La Cueva.

A 1ª Turma do egrégio Tribunal da 5ª Região segue esta diretriz mesmo após a alteração da Lei 8.966/94, como revela esta passagem do acórdão:

“Argumenta que, a partir dessa data o Reclamante passou a exercer o cargo de supervisor, deixando de ter sua jornada fiscalizada, porquanto enquadrado na disciplina constante do art. 62, II, da CLT, não fazendo jus ao pagamento de horas extras, pelo que pretende seja reformada a decisão de piso. Vejamos: A subsunção do Autor à exceção positiva no referido dispositivo legal, não prescinde da verificação

¹⁷ BRASIL. Minas Gerais. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00625-2008-030-03-00-2. Revisor Desembargador Antonio Fernando Guimaraes. Julgado em 04/02/09, p. 22. Disponível em http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=628477. Acesso em 21/05/2012.

da ampla concessão de poderes de mando e de gestão, não bastando, portanto, a mera ausência de controle de jornada. É necessário verificar-se a atuação obreira, que deve transparecer, a sua *longa manus*. Age assim o empregado que, ao substituir o empregador possa, nesse passo, como afirma Mario De La Cueva¹⁸ (1949, p. 434), “colocar em risco a própria existência da empresa seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade”.¹⁹

Este também é o posicionamento da 1ª Turma do TST:

GERENTE. CARGO DE CONFIANÇA. CARACTERIZAÇÃO.

1. A caracterização de cargo de confiança pressupõe atribuir-se ao empregado funções - cujo exercício possa colocar em risco o próprio empreendimento e a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade – (Mário De La Cueva). Não se confunde, pois, com a mera chefia.

2. A mera circunstância de cuidar-se de gerente de estabelecimento comercial, sem controle de horário, desacompanhada de outros elementos que traduzam fidúcia especial, não permite qualificar o empregado como exercente de cargo de confiança, para os efeitos do art. 62, II, da CLT.

3. Recurso de revista não conhecido, no particular.²⁰

O entendimento atual é que, os empregados que exercem função de confiança tem atributos diferenciados dos demais trabalhadores, possuindo poderes de mando e gestão, mas a sua atividade não põe em risco a existência da empresa, como se defendia anteriormente, isto é, não se qualifica mais o empregado de confiança tipificado no art. 62, II, como *alter ego*

¹⁸ A 11ª Turma do TRT 2ª da região também se assenta na teoria de Mario de La Cueva, como se infere desta ementa: “Cargos de confiança (art. 62, II) são aqueles cujo exercício possa colocar em jogo a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade (Mário de la Cueva). E a prova indica que, no caso, não foi o que ocorreu”. (Recurso Ordinário n. 2188200805202004 SP 02188-2008-052-02-00-4, Relator Carlos Francisco Berardo. Julgado em 15/01/2009, Disponível em <http://aplicacoes5.trtsp.jus.br/consultasphp/public/index.php/primeirainstancia>. Acesso em 21/05/2012).

¹⁹ BRASIL. Bahia. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário n. 0124900-37.2007.5.05.0134. Acórdão n. 004480/2010. Revisora Desembargadora ELISA AMADO. DJ 18/03/2010. Disponível em http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&seq_cnj=0124900&dig_cnj=37&ano_cnj=2007&justica_cnj=5®iao_cnj=05&vara_cnj=0134&tipo_numero=1. Acesso em 21/05/2012.

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 10000-10.2001.5.04.0771. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Julgado em 18/02/2005. Disponível em http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=91401&ano_int=2003&qtd_acesso=3101847&novoportal=1. Acesso em 21/05/2012.

ou *longa manus* do empregador, abandonando-se a clássica concepção instituída por Mário de La Cueva.

Quanto a expressão “chefe de departamento” entende-se que não é qualquer um que será excluído das disposições relativas à duração do trabalho, mas aquele que tiver poder de dirigir o estabelecimento com certa autonomia, tomando decisões relativas ao seu departamento, com ou sem subordinados, podendo representar o trabalhador perante terceiros, embora este não seja um requisito obrigatório para caracterizá-lo como tal.

Ainda se exige que o empregado ocupante de cargo de confiança ocupe uma posição de relevo na estrutura hierárquica da empresa, incumbido de cumprir tarefas importantes para o desenvolvimento da atividade econômica, com autonomia e munido de poder de gestão; afinal, ele é um alto empregado.

Logo, observa-se que o presente art. 62, II da CLT, após a alteração legislativa, não pode ser interpretado de forma tão restritiva como ocorria anteriormente, uma vez que o legislador mitigou a norma, tornando os parâmetros para caracterizar a função de confiança mais flexíveis, como também, não se pode dizer que deva ser extensiva, pois, do contrário, o empregado se igualaria a um simples trabalhador, submetido a controle e fiscalização do empregador, o que descaracteriza o cargo de confiança.

3.3 Princípio da Primazia da Realidade

Os princípios são dotados de uma força normativa que dão sentido as normas, suprem as lacunas existentes e orientam quanto à aplicação e à interpretação das mesmas. É o alicerce do direito que não está definido em nenhuma norma legal.

É comum às empresas promoverem seus melhores “funcionários” para cargos de gerente, chefe, cargos, enfim, que tragam mais responsabilidades e que atribuam ao empregado à função de gerir uma determinada área ou setor da empresa ou, de forma genérica, toda a empresa.

Porém, a finalidade do empregador, muitas vezes, é de, na prática, utilizar-se da promoção, para através do regramento do art. 62, II da CLT, acerca do tema, usufruir da mão de obra do empregado por mais tempo, inclusive ultrapassando todos os limites constitucionais acerca da prorrogação da jornada de trabalho, sem remunerar a jornada extraordinária laborada, comprometendo a saúde física e psicológica do trabalhador.

Visto isso, o Princípio da Primazia da Realidade deve ser utilizado em favor do trabalhador. Em cada caso específico do empregado gerente esse deve ser considerado gerente somente quando efetivamente exerça as funções de gestão. Veja-se, por exemplo, o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região no julgamento do recurso ordinário interposto nos autos do processo nº 01212-2007-102-04-008:

EMENTA: GERENTE DE LOJA. HORAS EXTRAS. A prova do desempenho de funções mais qualificadas, que distingam o trabalhador dos demais empregados que não exerçam cargo de confiança, e o pagamento de gratificação de função superior a 40% do salário são requisitos para o enquadramento na exceção do art. 62, II, da CLT. No caso, não estão provadas ambas as condições, impondo-se a condenação ao pagamento de horas extras ao trabalhador. Recurso ordinário provido.²¹

Considerando as funções do princípio: “informadoras, normativas e interpretativas” (MARTINS, 2001), onde a função informadora serve de inspiração ao legislador e de fundamento para normas jurídicas; a função normativa atua nas lacunas e omissões da lei; e a função interpretativa serve de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei; deve-se ser de grande relevância a análise dos fatos concretos em cada lide.

Violar um princípio é muito mais que violar uma regra, pois implica na ofensa não apenas de um mandamento obrigatório, mas de todo um sistema de comandos.

²¹ BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 01212-2007-102-04-00-8. Revisor Desembargador Denis Marcelo de Lima Molarinho. Julgado em 26/06/2008. Disponível em http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=01212-2007-102-04-00-8&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90. Acesso em 21/05/2012.

CAPÍTULO IV: O USO DO TERMO “PODER DE GESTÃO” E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL

A jurisprudência tem usado o termo “poder de gestão” (planejamento, direção e fiscalização) para diferenciar o empregado que exerce cargo de confiança, em que pese também ser um funcionário, porém com uma condição diferenciada, comparando-se com um subordinado comum, vez que se encontra em posição hierarquicamente superior, pois é detentor de tal poder.

A terminologia para caracterizar o cargo de confiança exige que o empregado detenha poderes de mando e gestão, cuja autonomia pressupõe que ele detenha poderes para tomar decisões em substituição ao empregador, poderes de punir, admitir ou demitir empregado, exercendo fidúcia especial, que não se confunde com uma confiança normal e inerente a toda relação de emprego. Em função disso, não tem seu horário de trabalho fiscalizado por um superior, situação que caso ocorra não se enquadrará na exceção do artigo 62, II, da CLT.

Cabe destacar, que para caracterização do cargo de confiança, devem ser levados em consideração dois requisitos essenciais: “poder de gestão”, atribuição inerente à condução dos destinos do empreendimento empresarial, como que descentralizando o poder de mando do empregador; e receber padrão salarial ou gratificação de função no mínimo superior a 40%, em comparação aos salários dos demais empregados a ele subordinados. A caracterização do cargo de confiança, necessariamente, depende de o empregado realmente possuir poderes que interferem diretamente nos rumos da empresa, tomando decisões de forma autônoma.

No caso dos gerentes e chefes de seção, apesar de muitas vezes serem responsáveis por todos os assuntos inerentes ao seu departamento, estão adstritos às diretivas traçadas pelos superiores hierárquicos e não possuem poderes de decisão, o que afasta a caracterização de empregado com cargo de confiança.

O Tribunal Regional do Trabalho, da 15ª Região, através do Relator Juiz Edison dos Santos Pelegrini²², entende que “A tipificação do exercente de cargo de confiança do artigo 62, II, da CLT, requer dois requisitos: poderes e remuneração”. Poderes em que o profissional detém atribuições de destaque dentro da estrutura empresarial, possuindo subordinados, devendo agir em nome do empregador, exercendo poderes inerentes aos encargos de gestão,

²² BRASIL. São Paulo. Tribunal Região do Trabalho 15ª Região. Recurso Ordinário n. 00293-2003-094-15-00-5. Revisor Desembargador Edison dos Santos Pelegrini, DOESP 22-07-2005. Disponível em <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO&pidproc=1025330&pdblink=>. Acesso em 21/05/2012.

sob a ótica empresarial e celetista, não sendo apenas um empregado que desempenha função de chefe de seção, ou chefia intermediária, os quais precisam da anuência do gerente, mas, sim, tomando decisões de suma importância. A remuneração deve ser de no mínimo 40% a mais do subordinado imediato ou auferir gratificação de função de pelo menos 40% do salário efetivo.

Desta forma, na falta de um desses requisitos, descaracteriza a exceção da regra às horas extras do artigo 62, II, da CLT. O empregado passa a contar com a proteção do regime de duração do trabalho da CLT.

O poder de gestão exige que o empregado que possui cargo de confiança, exerça funções inerentes à administração da empresa, o que pressupõe vastos poderes de mando, comando e gestão, os quais são capazes de alçá-lo à condição de verdadeiro substituto do empregador, mormente em sua ausência e impedimentos eventuais, cujos atos sejam tais que possam mesmo comprometer, de algum modo o empreendimento econômico.

Outro ponto inerente à caracterização do cargo de confiança é a ausência de fiscalização de horário de trabalho e o conseqüente não pagamento de horas extras, conforme disposição do artigo 62, II, da CLT, que exclui os exercentes de cargo de confiança do capítulo concernente à Duração do Trabalho, entendendo-se, portanto, que, a princípio, não estão sujeitos ao recebimento das horas extras eventualmente trabalhadas, pois não estão sujeitos a controle da jornada de trabalho pelo empregador.

MAURÍCIO GODINHO DELGADO (2010, p. 814), entende que, ainda que se considere o empregado como ocupante de cargo de gestão, ele terá direito as horas extras, se for submetido a controle de jornada de trabalho:

“Evidenciado que o gerente, não obstante detentor de poderes de gestão e favorecido pelo acréscimo salarial equivalente ou maior do que 40% do salário efetivo, submetesse a estrito controle diário e jornada, enquadra-se tal empregado nas fronteiras da duração padrão de trabalho de sua categoria profissional, sendo credor de horas extras efetivamente prestadas por além dessa jornada padrão”.

O empregador não está desobrigado de controlar a jornada de empregado que detenha simples título de gerente, mas que não possua poderes de gestão nem perceba gratificação de função superior a 40% do salário efetivo. Ou seja, o empregado que exerça cargo de confiança não tem controle de jornada e possui total flexibilidade, situação esta que obedecerá aos requisitos para seu enquadramento em cargo de confiança e desobrigará a empresa ao pagamento de horas extras.

Neste diapasão, a jurisprudência atual tem usado a terminologia “poder de gestão” para caracterizar a função do empregado de cargo de confiança, como sendo aquela função que detém poder de mando, dando autonomia para tomar decisões em substituição ao empregador, o que requer fidúcia especial, já que poderá admitir, punir ou demitir empregados, atribuição que exige a faculdade de administrar a empresa (planejamento, direção e fiscalização), o que lhe dar uma posição elevada dentro da hierarquia da empresa, sendo responsável por setores vitais na condução de assuntos relevantes.

Além desta fidúcia, um outro requisito acumulativo é a remuneração ou gratificação do acréscimo salarial equivalente ou maior do que 40% do salário efetivo, devido ao desgaste maior do empregado.

Ressalta-se, que a anotação ou não do cargo de confiança na CTPS e no registro do empregado, não é requisito fundamental para excluir o empregado do controle de jornada do trabalho, devendo observar a realidade, e seu enquadramento nos já citados requisitos.

No caso de uma empresa possui dois diretores, dois gerentes e quatro coordenadores, a palavra final sempre é dos diretores os demais não tem autonomia total, somente autonomia sobre sua área, porém com algumas restrições, eles são considerados ocupantes de cargos de confiança? Quais são os requisitos para essa caracterização?

O que caracteriza o cargo de confiança é o poder de mando ou gestão sobre a totalidade ou uma parte do empreendimento. Ou seja, se os coordenadores podem, no seu setor, admitir, despedir, suspender ou advertir os empregados a eles subordinados, ou ainda, se os coordenadores tem algum traço de significativa gestão sobre o conteúdo, forma, meio de realização da finalidade econômica do empreendimento, em tese, é um cargo de confiança. O mesmo vale em relação aos gerentes e diretores.

CONCLUSÃO

Como visto, o art. 62 da CLT, sendo uma exceção do controle de jornada na relação de emprego deve ser aplicado com melhor entendimento do que seja “poder de gestão” do empregado que exerce cargo de confiança.

Ficou demonstrado que o artigo é constitucional, pois a Carta Magna apenas disciplinou a regra, cabendo ao legislador ordinário regular as situações em que o trabalho se realiza de forma peculiar, seja pela natureza do serviço prestado, seja pela ocupação de cargo de confiança, objeto do presente trabalho.

Diante da nova redação da Lei nº 8966/94, o legislador flexibilizou a caracterização do cargo de confiança não mais exigindo a investidura em mandato em forma legal para o exercício de empregado de fidúcia especial, e acrescentou o percentual de 40 % a mais do salário do cargo efetivo.

A teoria inspirada em *Mario de La Cueva*, foi substituída por uma melhor compreensão do “poder de gestão”, antes utilizada como parâmetro para definir os contornos dos empregados portadores de cargos de confiança, ou seja, aqueles que colocam em risco a própria existência da empresa, atuando como uma extensão da figura do empregador, isto é, o seu *alter ego*.

A nova redação atribuída ao art. 62, II da CLT ainda impõe o exercício de poderes significativos de gestão na estrutura organizacional da empresa (“poder de gestão”), ou seja, atribui poderes inerentes à faculdade privativa do empregador de administrar a empresa (planejamento, direção e fiscalização), com vistas a justificar a confiança excepcional depositada pelo empregador e autorizar o tratamento diferenciado com a supressão de direitos e garantias.

Ou seja, o poder de gestão e de representação do empregado de cargo de confiança deve elevá-lo a superioridade com relação a seus colegas de trabalho, aproximando da figura do empregador, de tal modo que, ordinariamente pratique mais atos de gestão do que de mera execução. Atos este que o leva a tomar escolhas e decisões na seleção, admissão, demissão e punição dos seus subordinados, possui elevada carga de trabalho diferenciada dos demais empregados, assim como gratificação de função superior a 40% do salário efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

GARCIA OVIEDO, Carlos. **Derecho Social**. Madrid, 3ª ed.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das leis do Trabalho**, 35ª ed, Editora Saraiva, 2010.

CARVALHO, J. Antero de. **Cargos de direção no direito do trabalho**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1995.

ORLANDO GOMES. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol. I, Forense, 1975.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas de trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO MARTINS, Sérgio. **Direito do Trabalho**, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 2ª ed, Vol. I. Guadalajara, 1977.

SUSSEKIND, Arnaldo. *A duração do trabalho e repouso remunerado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segades; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22 ed. Vol 02. São Paulo: LTr, , 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. Cargo de Confiança. Fórum Trabalhista. Disponível em:
<<http://www.forumtrabalhista.adv.br/topic/975-cargo-de-confianca/>>. Acesso em 22/05/2012.

