

Controle de jornada, exceções do artigo 62 da CLT e a configuração do “Cargo de Confiança”

Rebecca Darakjian

Embora não exista uma conceituação clara e objetiva do que eventualmente configuraria o cargo de gestão ou de confiança, a jurisprudência, ainda que de uma forma abstrata e geral, traz algumas diretrizes que nos permitem qualificar o nível de fidúcia de um cargo dentro da estrutura da empresa.

quinta-feira, 17 de junho de 2021

Procuramos neste breve artigo estudar o controle de jornada dos empregados pelos empregadores, exigido e assegurado pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho, analisando a constitucionalidade do artigo 62 da CLT e dos seus incisos, os quais dispõem sobre as hipóteses em que não é exigível o controle da duração do trabalho. Daremos ênfase, nesse breve estudo, no entendimento que prevalece na jurisprudência, abordando de forma mais específica os requisitos mínimos necessários para a configuração do cargo de confiança, o qual, como veremos, autoriza a dispensa do controle de jornada.

Inicialmente, antes de quaisquer digressões exequias sobre o assunto objeto de estudo, sobretudo acerca da análise dos casos que não se submetem ao controle de jornada e da configuração do cargo de confiança, é imprescindível pontuarmos, de partida, que a duração da jornada de trabalho consiste no módulo temporal em que o trabalhador está efetivamente prestando serviços ou coloca sua força de trabalho à disposição do empregador.

A Constituição Federal consagra a limitação da duração normal do trabalho como um direito social fundamental do trabalhador (art. 7º, XIII e XIV), com força de ordem pública, cogente e protegida como cláusula pétrea contra alterações legislativas tendentes a alterá-la ou mesmo excluí-la (art. 60, § 4º, IV).

Contudo, conforme veremos adiante, a exigência do controle de jornada, que visa justamente assegurar o respeito à limitação da jornada de trabalho, e que é a regra, muitas vezes é flexibilizada para determinados grupos de trabalhadores, os quais estão expressamente elencados na legislação (art. 62, CLT). A estes grupos, não se aplica/não é exigido do empregador a existência de um sistema de controle de horários, o que pode retirar da jornada o controle temporal nos moldes como exigido pela legislação, e, consequentemente, retira qualquer direito do empregado ao recebimento de adicional pelo eventual sobrelabor.

Em linhas gerais, podemos considerar a duração da jornada de trabalho como o tempo despendido pelo trabalhador em razão do contrato de trabalho, assim consistente na integralidade do lapso temporal em que o empregado efetivamente presta seus serviços ou permanece à disposição do empregador por imposição patronal, tal como estipula o artigo 4º da CLT.

Tamanha é a importância da matéria que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT separou um capítulo exclusivamente para tratar da duração do trabalho, fazendo-o no seu Capítulo II, o que podemos ver a partir do artigo 57:

**“CAPÍTULO II
DA DURAÇÃO DO TRABALHO
SEÇÃO I
DISPOSIÇÃO PRELIMINAR**

Art. 57 - Os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III.” (grifo nosso)

Uma das principais disposições encontradas no Capítulo II da CLT diz respeito à forma como o horário de trabalho deverá ser registrado e controlado, e visa principalmente controlar/evitar a prática de jornadas de trabalho excessivas, as quais, via de consequência, podem comprometer a integridade física e mental dos trabalhadores, e permitir o surgimento/desenvolvimento de doenças relacionadas ao trabalho em razão da fadiga humana e da natural redução da energia e concentração no desempenho das atividades após o tempo normal da jornada. Inteligência do artigo 74:

“Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

(...)

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.” (g.n.)

Não obstante, como já brevemente mencionado acima, mesmo que a limitação da duração normal do trabalho e seu controle representem direito social fundamental dos trabalhadores, há exceções a tal regra, existindo situações nas quais os empregadores são legalmente autorizados a não exigir dos empregados a anotação do controle de horários. Nesse sentido é que dispõe o art. 62 da CLT que retira do regime previsto no capítulo II alguns grupos de trabalhadores:

“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 exerceentes 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.

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).” (g.n.)

Do comando legal acima reproduzido verificamos que três são as espécies de empregados excluídos do sistema de limitação da duração do trabalho estabelecido no Título II, Capítulo II, da CLT, quais sejam: a) os exercentes de atividades externas; b) os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão/confiança (aos quais se equiparam os diretores e chefes de departamento ou filial); e c) os empregados em regime de teletrabalho.

Por muito tempo houve na jurisprudência discussões acerca da constitucionalidade do artigo 62 da CLT, posto que enquanto a Constituição Federal impõe a limitação da duração normal do trabalho como um direito social fundamental do trabalhador (art. 7º, XIII e XIV), o comando da CLT, por sua vez, flexibiliza tal direito, tirando referida proteção de um grupo determinado de trabalhadores.

Contudo, o entendimento jurisprudencial no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST) acabou se consolidando no sentido da recepção do mencionado comando legal pela Constituição, evitando-se discussões sobre a matéria, conforme se verifica nos seguintes julgados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ART. 62, INCISO II, DA CLT – CONSTITUCIONALIDADE – ART. 7º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O art. 62, inciso II, da CLT continua vigorando, mesmo após o advento do art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal/1988, tanto que veio a ter sua regra de exceção ratificada, embora com alteração redacional, pela Lei nº 8.966/94. A norma constitucional é de caráter geral, mas não pulverizou aquelas de caráter especial e as que contemplam exceções, no que tange à jornada de trabalho. Agravo de instrumento desprovido.” (TST - AIRR: 1302408120045040202, Relator: Luiz Philippe Vieira De Mello Filho, Data de Julgamento: 03/02/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 19/02/2010) (g.n.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT - NÃO OCORRÊNCIA. Não há que se falar na inconstitucionalidade do art. 62 da CLT, pois, sendo o referido dispositivo consolidado norma pré-constitucional e havendo conflito com algum dispositivo constitucional, a hipótese seria de não recepção, ao invés de inconstitucionalidade. Ademais, **o art. 62 da CLT foi recepcionado pela atual Carta Magna, pois disciplina situação distinta não sujeita à jornada normal mínima, não colidindo, portanto, com a regra fundamental, mas, de forma contrária, completa a norma genérica do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal.** Com efeito, a Constituição Federal dispõe apenas genericamente sobre a jornada de trabalho, não havendo impedimento de a legislação infraconstitucional federal regulamentar, de forma específica, o tema, consoante o disposto no

art. 22, I, da Carta Magna. Assim, se o dispositivo consolidado em comento exceta situações de trabalho não submetidas a controle de horário ou nas quais o referido controle é impraticável, isto não significa que obriga os trabalhadores por ele abrangidos a extrapolarem a jornada inserta no inciso XIII do art. 7º, mas apenas lhes retira o direito de receber as horas extraordinárias, já que podem estabelecer sua jornada, não se sujeitando ao poder diretivo do empregador. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR nº 643/2000-007-05-00.9, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, publicado no DJ de 06.08.2004) (g.n.)

Uma vez fixada a constitucionalidade do art. 62 da CLT, passemos à análise pormenorizada dos pressupostos autorizadores da ausência de controle da jornada de trabalho pelo empregador.

A primeira hipótese constante no art. 62 da CLT trata dos trabalhadores externos (inciso I) que realizam atividades de modo incompatível com a fixação de horário de trabalho. Logo, tendo em vista que as funções exercidas não permitem um controle dos horários de entrada e de saída da empresa, uma vez que são desempenhadas fora da sede empresarial, não há como, na prática, estabelecer controle sobre os horários praticados por tais empregados, até porque esses trabalhadores, em sua maioria e por disposição contratual, possuem flexibilidade de horários e liberdade para definição de suas agendas.

Insta destacar, por necessário, que a impossibilidade de controle de horários deve ser ampla, de modo a caracterizar realmente a hipótese em tela, uma vez que a mera dificuldade ou a existência de meios diretos ou indiretos de controle de horários do empregado impedem o enquadramento do trabalhador na exceção do art. 62, I, da CLT, conforme entendimento majoritário do TST consagrado, inclusive, no Informativo n. 153 de jurisprudência, cujo acórdão ali mencionado, proferido pela SBDI-I, abaixo reproduzimos:

*“Horas extras. Motorista. Rastreamento de veículo por satélite. **Controle indireto da jornada de trabalho. Inaplicabilidade do art. 62, I, da CLT.** A adoção, pelo empregador, de recursos tecnológicos de rastreamento de veículo por satélite, para garantir a segurança ininterrupta da carga transportada, possibilita o controle indireto da jornada desempenhada pelo empregado motorista, razão pela qual não há falar em aplicação do art. 62, I, da CLT. O direito ao pagamento de horas extraordinárias não subsiste apenas nas hipóteses em que seja absolutamente impossível fiscalizar os horários cumpridos pelo empregado. Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Walmir Oliveira da Costa, Ives Gandra Martins Filho, Guilherme Augusto Caputo Bastos e Márcio Eurico Vitral Amaro.” (TST-E-RR-45900-29.2011.5.17.0161, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 23.2.2017) (g.n.)*

Nesse diapasão, o inciso I do art. 62 ainda exige outro requisito formal para autorizar a ausência de controle da jornada, qual seja o dever de anotação da

condição de “externo” na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados. Todavia, por se tratar de requisito meramente formal cuja não observância constitui simples infração administrativa, o mesmo poderá ser dispensado pelo Juízo trabalhista nas hipóteses em que há ciência inequívoca, pelo trabalhador do enquadramento nesta modalidade de exclusão do controle de jornada, bem como na existência de provas da real impossibilidade de controle.

A segunda hipótese autorizadora da ausência de controle de jornada de trabalho, prevista no inciso II do art. 62, talvez represente uma das mais controvertidas matérias discutidas no âmbito dos Tribunais Trabalhistas, sobretudo os requisitos imprescindíveis para considerar um trabalhador como exercente de cargo de confiança ou de gestão. Aliás, a conceituação de referido cargo; os poderes a ele inerentes; dentre outros aspectos que validariam a hipótese legal em tela, são matérias de infundáveis debates jurisprudenciais e doutrinários.

Com efeito, a CLT exclui do regime de controle de jornada os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam os diretores e chefes de departamento ou filial. Vale dizer que essas são funções que apresentam nível de fidúcia diferenciado, possuindo os trabalhadores amplo poder de gestão na busca pelos interesses primordiais e finalísticos da companhia empregadora, podendo agir irrestritamente em nome da empresa e como se a empresa fossem.

Para efeitos didáticos, vejamos novamente a dicção do art. 62, II, 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).” (g.n.)

O parágrafo único do inciso II do artigo supra nos mostra que a fidúcia diferenciada do cargo, por si só, não é suficiente para excluir o trabalhador do controle da jornada, pois, além dos amplos poderes de gestão, deverá o empregado receber uma remuneração igualmente diferenciada, superior em, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do salário base que receberia em condições normais sem os poderes gerenciais. A jurisprudência também é clara com relação a tal exigência:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO DE UMA

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO DE 40%. HORAS EXTRAS. 1.1. O Tribunal Regional, com base no parágrafo único do art. 62 da CLT, condenou a reclamada ao pagamento da gratificação de função de 40%, em razão do exercício pelo reclamante do cargo de confiança do inciso II do mesmo dispositivo legal, tendo firmado entendimento pela obrigatoriedade do pagamento da referida parcela. **Segundo a Corte de origem, restou incontroverso o exercício do cargo de confiança e que o aumento salarial percebido pelo reclamante foi inferior a 40%, razão pela qual deferiu o pagamento das diferenças da gratificação de função.** 1.2. A revisão do entendimento exarado pela Corte de origem acerca das horas extras e pagamento das diferenças de gratificação de função do art. 62, II c/c parágrafo único, da CLT, demandaria o revolvimento de fatos e provas, providência vedada nessa fase recursal, a teor da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (TST - RR: 4951820155090010, Relator: Delaide Alves Miranda Arantes, Data de Julgamento: 07/04/2021, 2ª Turma, Data de Publicação: 16/04/2021) (g.n.)

O entendimento jurisprudencial em vigor é no sentido de que uma vez ausentes quaisquer dos dois requisitos ensejadores da excludente (poderes de gestão e remuneração diferenciada), todas as horas prestadas ou postas à disposição do empregador serão computadas para efeito de jornada, devendo ser anotadas e, caso extrapoladas, pagas como extras, com os respectivos adicionais legais e/ou convencionais¹.

Nesse contexto, o requisito da remuneração diferenciada nos parece algo objetivo (40% a mais que o salário base). Em contrapartida, o requisito dos poderes de gestão faz surgir problemática interpretativa, razão pela qual nos propomos à análise acerca da configuração de um cargo como de confiança.

Data maxima venia, não há conceituação legal, tampouco existem requisitos formais e objetivos para tal feita. Apesar disso, em que pese a inexistência de conceituação positivada acerca do cargo de gestão ou de confiança, é possível vislumbrarmos por meio da análise da doutrina e da jurisprudência, a quem coube tal tarefa, que sua essência envolve a comprovação não só da relevância do cargo ou função, mas, principalmente, de efetivos poderes de gestão, autonomia, elevada fidúcia, remuneração superior e equivalente à sua

¹A ausência de anotação, além de infração administrativa, torna ônus do empregador em eventual reclamação trabalhista provar jornada diversa da narrada pelo empregado. Ou seja, deverá o empregador provar que a jornada exposta pelo empregado não é verdadeira sob pena de prevalecer sua narrativa, por mais absurda que possa ser. É esse o entendimento consagrado pelo TST e retratado na súmula 338 daquela corte:

“Súmula nº 338 do TST
JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador(...) o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)” (g.n.)

responsabilidade, e alçadas que transcendam a simples execução da rotina empregatícia, colocando o empregado de confiança em posição de destaque e superioridade em relação a seus colegas de trabalho, confundindo-o, na prática, com a figura do próprio empregador.

O doutrinador Renato Rua de Almeida, citado por Francisco Luciano Minharro², define como detentor de cargo de confiança geral “aquele que ocupa na empresa posição hierárquica de relevo, tendo poderes de mando, gestão e representação em nome do empregador”.

Já para o professor e doutrinador Sérgio Pinto Martins³, o exerceente de cargo de confiança se configura quando, “desde que investido de mandato, possa o empregado representar o empregador, inclusive detendo poderes de gestão na empresa. (...). É a pessoa que substitui o empregador, que dá ordens de serviço, que contrata e dispensa empregados, que compra e vende mercadorias”.

O mesmo autor complementa posteriormente⁴: “Não há que se confundir cargo técnico ou função técnica, que pressupõe conhecimentos específicos, com cargo de confiança, que compreende fidúcia e certos poderes administrativos, por ter procuração da empresa, poder admitir e demitir, ou advertir ou suspender os funcionários, fazer compras e vendas em nome da empresa, possuir subordinados”.

Tantas foram, e tantas são, as provocações no Judiciário sobre a questão, sobretudo em reclamatórias envolvendo a categoria dos bancários (onde a jornada é reduzida - 6 horas - e qualquer condenação em horas extras representa valores exorbitantes e significativos), que o TST sumulou entendimento no sentido de atribuir uma presunção relativa de exercício de cargos de gestão pelos gerentes gerais de agência bancárias, consoante Súmula nº 287, in verbis:

*“Súmula nº 287 do TST
JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se lhe o art. 62 da CLT.”

No entanto, a partir do verbete sumulado acima transscrito, os bancos e instituições financeiras passaram a adotar práticas como o registro do máximo possível de empregados de suas agências como gerentes, visando o enquadramento destes na exceção do art. 62, II, da CLT, e, bem assim, uma significativa redução do pagamento de horas extras. Contudo, a Justiça do Trabalho, após análise de inúmeras causas nesse sentido, passou a considerar tal presunção meramente relativa, podendo ser elidida por prova em contrário,

² ALMEIDA, Renato Rua de. 2000, apud MINHARRRO, Francisco Luciano. São Paulo. 2005, pg. 20.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 362.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. pg. 224.

inclusive quando o empregador realiza o registro da jornada, ainda que por determinado período, ou procede ao pagamento espontâneo de horas extras, nos termos da jurisprudência consolidada do TST desde seu Informativo nº 10. Vejamos:

"Bancário. Superintendente de negócio. Pagamento de horas extras. Controle de frequência. Art. 62, II, da CLT. Não incidência. A regra do enquadramento no art. 62, II, da CLT, do bancário exercente de cargo de direção, quando é a autoridade máxima na agência ou região, não prevalece na hipótese de haver prova de controle de frequência ou pagamento espontâneo de horas extras. In casu, o reclamante era superintendente de negócio, recebeu horas extras e teve controle de frequência em algumas oportunidades durante o período contratual. Assim, a SBDI-I, por maioria, conheceu dos embargos por contrariedade à Súmula n.º 287 e, no mérito, deu-lhes provimento para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras e reflexos, a partir da oitava hora. Vencidos os Ministros Dora Maria da Costa, Brito Pereira e Maria Cristina Peduzzi." (TST-E-ED-ED-RR-116101-50.2005.5.12.0014, SBDI-I, rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 24.5.2012) (g.n.)

Ao analisarmos o entendimento que prevalece na SBDI-I, acima reproduzido, verificamos que este é aplicado até os dias de hoje pelo TST, conforme atesta o recente julgado reproduzido abaixo:

"HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO A JORNADA PREVIAMENTE FIXADA. 1 - É pacificada nesta Corte superior a possibilidade de enquadramento do gerente-geral de agência bancária no disposto no art. 62, II, da CLT. A SBDI-1 já decidiu que os aspectos decisivos para tal enquadramento são que o gerente-geral não esteja subordinado a mais ninguém dentro da agência e tenha autonomia na sua jornada, que não pode ser controlada pelo empregador. Julgados. 2 - No caso, o TRT, soberano no exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o reclamante, na condição de "autoridade máxima das gerências regionais", tinha como seus subordinados todos os gerentes-gerais de agência e empregados das regiões que geria. Ademais, registrou que o reclamante "não estava sujeito a controle de horário". 3 - Nesse contexto, para afastar a conclusão do TRT acerca do seu enquadramento na exceção disposta no art. 62, II, da CLT, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, mormente para exame das alegações do reclamante no sentido de que não tinha plenos poderes de mando e de gestão e que se submetia a fiscalização da jornada de trabalho - o que é vedado nesta instância extraordinária, à luz da Súmula nº 126 do TST. Sua incidência afasta a viabilidade do conhecimento do recurso de revista com base na fundamentação jurídica invocada pela parte. 4 - Agravo de instrumento a que se nega provimento." (TST - RRAg: 9703020105150091, Relator: Katia Magalhaes Arruda, Data de Julgamento: 02/12/2020, 6ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2020) (g.n.)

Afora os entraves pretorianos específicos da categoria dos bancários, aqui utilizados para fins de contextualização do avanço da iterativa jurisprudência no ponto, vejamos a seguir quais requisitos, no geral, o TST tem considerado para configurar ou não um cargo como de gestão ou de confiança:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467 /2017. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARGO DE CONFIANÇA. CARACTERIZAÇÃO. ARTIGO 62, II, DA CLT. SÚMULA Nº 126. TRANSCENDÊNCIA. NÃO RECONHECIDA. NÃO PROVIMENTO. A configuração do cargo de confiança prevista no artigo 62, II, da CLT está condicionada às reais atribuições do empregado e à percepção de gratificação de função superior a 40% ao salário efetivo. No caso, o egrégio Tribunal Regional, a partir da análise do conjunto probatório, constatou que o reclamante se enquadrou na exceção prevista no artigo 62, II, e parágrafo único, da CLT. Isso porque: ele recebia salário diferenciado e superior aos demais empregados; e ficou demonstrado que o autor detinha autonomia na realização das suas atividades, além de não possuir superior hierárquico, respondendo apenas ao coordenador da segunda reclamada, que comparecia uma ou duas vezes por semana. É inequívoca, portanto, a existência de poderes de mando e gestão. Assim, a pretensão de reforma da decisão, a fim de verificar a existência ou não de cargo de confiança, encontra óbice na Súmula nº 126. Nesse contexto, a incidência do aludido óbice processual é suficiente para afastar a transcendência da causa, uma vez que inviabilizará a aferição da existência de eventual questão controvertida no recurso de revista, e, por conseguinte, não serão produzidos os reflexos gerais, nos termos previstos no § 1º do artigo 896-A da CLT . Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST - RRAG: 10003809320195020087, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 04/11/2020, 4ª Turma, Data de Publicação: 06/11/2020) (g.n.)

“AGRAVO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E REGIDO PELO CPC/2015 E PELA IN Nº 40/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO DO ARTIGO 62, INCISO I, DA CLT (JORNADA EXTERNA). CONFIGURAÇÃO DO CARGO DE CONFIANÇA. INTERVALO INTRAJORNADA. DECISÃO DENEGATÓRIA COM FUNDAMENTO NOS ARTIGOS 896, § 14, DA CLT E 255, INCISO III, ALÍNEA B, DO REGIMENTO INTERNO DO TST. Não merece provimento o agravo, pois a parte não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática pela qual, na fração de interesse, foi denegado seguimento ao agravo de instrumento, fundada na aplicação da Súmula nº 126 do TST, na inespecificidade dos arrestos colacionados e na iterativa e notória jurisprudência desta Corte. Quanto à exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, ficou registrada, no acórdão regional, a possibilidade de controle da jornada de trabalho do reclamante, o que é suficiente para descharacterizar o trabalho externo. A respeito do cargo de confiança, extrai-se do acórdão regional que não ficaram configurados os

requisitos necessários para a sua configuração, quais sejam poder de mando e autonomia e recebimento de remuneração acima de 40%.

Frisa-se que, diante das referidas conclusões do Regional, para que esta Corte entenda de modo diverso, como pretende a reclamada, seria necessário, de fato, o revolvimento de matéria fático-probatória, análise impossível nesta fase recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST. Por outro lado, no tocante ao intervalo intrajornada, constata-se que a reclamada não trouxe aos autos os cartões de ponto e, por isso, competia a ela, nos termos da Súmula nº 338, item I, do TST, provar a invalidade da jornada declinada pelo reclamante na inicial, inclusive quanto ao intervalo intrajornada, o que não ocorreu. Pontua-se, ainda, que os arrestos colacionados no agravo de instrumento realmente são inespecíficos, pois, ao contrário do alegado pela reclamada, a Súmula nº 296, itens I e II, do TST exige a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram (grifou-se). Agravo desprovido.” (TST - Ag: 113171620155150005, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 18/11/2020, 2ª Turma, Data de Publicação: 20/11/2020) (g.n.)

“AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. CARGO DE GERÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. Extrait-se do v. acórdão recorrido que o autor exercia a função de "Gerente de Projetos" e, posteriormente, de "Gerente de Risco", cargos que não estavam inseridos no item II do artigo 62 da CLT, por ausência de plenos poderes de gestão e mando. Segundo registrado pelo Regional, o autor laborava subordinado a uma gerente executiva, a quem se reportava em razão de eventuais atrasos ou saídas antecipadas. Nesse contexto, para se chegar à conclusão pretendida pelo reclamado, no sentido de que o reclamante exercia cargo de confiança, inserto no artigo 62, II, da CLT, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que impossibilita o processamento da revista, ante o óbice da Súmula nº 126 desta Corte Superior. A propósito, dispõe a Súmula nº 102, I, do TST: “BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insusceptível de exame mediante recurso de revista ou de embargos”. A existência de obstáculo processual apto a inviabilizar o exame da matéria de fundo veiculada, como no caso, acaba por evidenciar, em última análise, a própria ausência de transcendência do recurso de revista, em qualquer das suas modalidades. Precedentes. Agravo não provido, com determinação de baixa dos autos à origem.” (TST - Ag: 10007088320175020025, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 28/04/2021, 5ª Turma, Data de Publicação: 30/04/2021) (g.n.)

Nesse ensejo, vejamos também, por amostragem, como tem se posicionado a jurisprudência dos TRTs da 2ª e da 15ª Região acerca da conceituação do cargo de gestão/confiança e dos requisitos para configurá-lo como tal:

“CARGO DE CONFIANÇA. CONFIGURADO. HORAS EXTRAS. INDEVIDAS. CLT, ART. 62, II. Comprovado nos autos que a autora detinha cargo de confiança, com autonomia para cuidar de questões da vida funcional dos demais empregados (férias; substituições; controle de ponto; participação no processo de seleção de novos funcionários; aprovação de renovação de contrato de experiência; aprovação de pagamento de cesta básica; aplicação de advertências), exercendo de fato as funções de gerente da loja, bem como o recebimento de padrão remuneratório diferenciado, superior a 40% em relação aos demais trabalhadores e subordinados, caracterizado está o exercício de cargo de gestão, nos termos do art. 62, II, da CLT, tal como, aliás, expressamente previsto no contrato de trabalho e na CTPS da autora. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento, no particular.” (TRT-2 10013388920175020462 SP, Relator: PATRICIA THEREZINHA DE TOLEDO, 3ª Turma – Cadeira 4, Data de Publicação: 27/11/2019) (g.n)

“CARGO DE CONFIANÇA. NÃO CONFIGURADO. A exceção prevista no artigo 62-II da CLT, relativa ao desempenho de cargo de confiança, exige que o empregado, além de perceber salário diferenciado, detenha poderes de mando e gestão no exercício do cargo, de modo que a relação de fidúcia estabelecida com o empregador se revele mais intensa que a confiança ordinária inerente a toda relação de emprego. Na hipótese dos autos, não restou evidenciada a confiança especial apta a enquadrar a reclamante na ressalva prevista no dispositivo em tela (art. 62-II da CLT), na medida em que a autora não detinha efetivo poder de mando e decisão. Recurso Ordinário da reclamada a que se nega provimento.” (TRT-2 10006753820185020323 SP, Relator: LIANE MARTINS CASARIN, 3ª Turma – Cadeira 1, Data de Publicação: 30/06/2020) (g.n)

“CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. CONFIGURAÇÃO. A caracterização do cargo de confiança está no elemento fiduciário, representado pelo exercício de atribuições relevantes na estrutura organizacional da empresa, atuando o trabalhador como verdadeiro representante do empregador. Verificado que o empregado tinha subordinados e detinha poderes expressivos de mando, gestão ou representação do empregador, configurado está o cargo de confiança previsto no art. 62, II, da CLT. JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS. Para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos processos ajuizados antes da Lei 13.467/2017, basta a apresentação de simples declaração do interessado, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT.” (TRT-15 – ROT: 00109483320175150108 0010948-33.2017.5.15.0108, Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM, 9ª Câmara, Data de Publicação: 28/09/2020) (g.n.)

“CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. A caracterização do cargo de confiança está no elemento fiduciário, representado pelo exercício de atribuições relevantes na estrutura

organizacional da empresa, atuando o trabalhador como verdadeiro representante do empregador. Verificado que embora o empregado tivesse subordinados, não era a autoridade máxima do estabelecimento, tampouco detinha poderes expressivos de mando, gestão ou representação do empregador, não se configura o cargo de confiança previsto no art. 62, II, da CLT.” (TRT-15 – ROT: 00106413720195150067 0010641-37.2019.5.15.0067, Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM, 9ª Câmara, Data de Publicação: 19/06/2020) (g.n.)

Enfim, embora infelizmente não exista uma conceituação clara e objetiva do que configuraria o cargo de gestão ou de confiança, o que naturalmente se traduz em verdadeira insegurança jurídica, a jurisprudência, ainda que de uma forma abstrata e geral, nos traz algumas diretrizes que nos permitem qualificar um cargo como sendo de confiança ou não dentro da estrutura da empresa.

Por exemplo, é uníssono tanto no TST quanto no âmbito dos Regionais a obrigação de dois requisitos, quais sejam: 1) poder de mando e autonomia; e 2) recebimento de remuneração acima de 40% (quarenta por cento) do salário normal.

Sobre o poder de mando, muitas são as interpretações dos Tribunais Trabalhistas para configurá-lo. Mas, em uma leitura conjunta das decisões exaradas pelo TST e pelos TRTs, podemos extrair alguns aspectos importantes que, eventualmente e nunca de forma isolada, para a Justiça do Trabalho, poderiam justificar a fidúcia própria de um cargo de gestão/confiança:

- 1) Dispor de fidúcia equivalente à diretoria da empresa;
- 2) Receber salário diferenciado e superior aos demais empregados, em decorrência dos poderes de mando;
- 3) Possuir autonomia na realização das atividades laborais e gerenciais, e nas decisões importantes a serem tomadas na empresa;
- 4) Possuir elevado poder de iniciativa, podendo, inclusive, assinar documentos de grande valor à companhia e comprometer o patrimônio da empresa;
- 5) Não possuir os poderes circunscritos apenas ao seu setor de trabalho;
- 6) Não possuir superior hierárquico, ou, quando muito, responder apenas a um ou outro diretor da empresa ou a cargo do mesmo nível de diretoria;
- 7) Possuir subordinados e ter poder de gestão e mando sobre eles, suas jornadas e suas tarefas;
- 8) Não possuir controle de jornada e ser dotado de plena flexibilidade de horários;
- 9) Possuir autorizações e responsabilidades de alta gestão, podendo, por exemplo, realizar aplicações financeiras e movimentações bancárias em nome da empresa;
- 10) Possuir autorizações e procurações da empresa para representá-la perante terceiros em assuntos de grande relevância institucional;
- 11) Possuir autorização e poder para admitir, demitir, punir ou promover empregados;
- 12) Dentre outros aspectos que comprovem efetivo poder de mando.

Lembrando que os itens listados acima são aqueles constantemente apontados pela jurisprudência para caracterizar ou não um cargo como sendo de gestão ou confiança, de modo que geralmente sua interpretação nem ocorre de forma isolada e nem de forma taxativa, e muitas vezes tais critérios dependerão um do outro para tal configuração. Ou seja, pode ser que um empregado atenda a um requisito e não a outro, de modo que seu cargo, por consequência, não será tido como de confiança, ao passo que outro empregado pode atender a dois ou três critérios, e a outros não, e ao mesmo tempo ser considerado cargo de confiança.

A análise realmente é muito abstrata, mas casuística, e dependerá do estudo particular de cada situação, sendo certo que, objetivamente, quanto maior for o poder de mando do empregado dentro da estrutura da empresa, somado à percepção de salário elevado em relação aos demais funcionários da mesma categoria, mais se aproximará seu cargo à concepção doutrinária e jurisprudencial do cargo de gestão/confiança.

Por fim, importante destacar que a CLT ainda traz uma terceira hipótese de exclusão da exigência do sistema de controle de jornada, recentemente introduzida pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) no art. 62, III, qual seja, a do trabalhador em teletrabalho.

O acréscimo do inciso III ao art. 62 da CLT ampliou o rol de trabalhadores excluídos do sistema de controle da duração do trabalho, e ao contrário das demais hipóteses de exceção previstas no mencionado artigo, a inclusão dos trabalhadores em teletrabalho não trouxe requisitos formais adicionais para a caracterização da exclusão do regime de controle de horários, mas tão somente para a própria caracterização do teletrabalho, o qual, nos moldes como estipulado pelos arts. 75-B e seguintes da CLT, corresponde à prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Como referido inciso foi incluído recentemente no ordenamento positivado, não há muitos julgados acerca do tema, visto que muitos trabalhadores que iniciaram esse regime ainda não ingressaram com reclamações trabalhistas, e os que ingressaram, em sua maioria, ainda não tiveram suas ações julgadas em segunda instância.

Diante dessa breve discussão, a conclusão é que as empresas com mais de 20 (vinte) empregados devem registrar a hora de entrada e de saída de seus trabalhadores (art. 74, § 2º, da CLT), com exceção dos contratados em regime de teletrabalho; dos funcionários externos; e dos gerentes e/ou exercentes de cargos de gestão/confiança.

Para estes últimos, a configuração do cargo como tal, exige, pelo menos, a existência de efetivo poder de mando e autonomia no desempenho das tarefas e o recebimento de remuneração acima de 40% do salário normal.

Como analisar a efetiva existência de poder de mando e autonomia no desempenho das tarefas dos empregados muitas vezes demanda análise de toda a estrutura empresarial (número de exercentes de cargos de confiança, números de subordinados daqueles que exercem, importância do cargo no organograma da empresa e outros), a existência de instrumentos de procuração, a diferenciação entre autonomia técnica e autonomia administrativa, e outras, a análise da configuração efetiva do cargo de gestão é mesmo casuística, e dependerá do estudo particular de cada situação.

Contudo, é possível afirmar que quanto maior for o poder de mando do trabalhador, autorizando-o a tomar decisões de cunho administrativo que possam efetivamente afetar positivamente ou mesmo negativamente a atividade empresarial, mais se aproximará seu cargo da concepção doutrinária e jurisprudencial do cargo de gestão/confiança, sendo indispensável, de toda forma, a percepção de salário no mínimo 40% (quarenta por cento) acima do recebido pelos demais funcionários da mesma categoria (preferencialmente com a rubrica específica de gratificação por “exercício de cargo de confiança”).