

EXCLUSÃO DO REGIME DE PERCEPÇÃO DE HORAS EXTRAS: UMA ANÁLISE DO ART. 62, II DA CLT

Juliane Dias Facó¹

RESUMO

Este trabalho propõe-se a examinar o artigo 62 da CLT, antes e depois da alteração promovida pela Lei nº 8.966/94, à luz da Constituição Federal de 1988, da doutrina que versa sobre o tema e do entendimento sedimentado pela jurisprudência. Buscou-se delimitar os requisitos necessários para caracterizar o cargo de confiança e, assim, estabelecer as hipóteses de incidência do tipo legal, bem como os seus destinatários, a saber: altos empregados excluídos das disposições de duração do trabalho previstas na CLT e, por conseguinte, alijados do regime de percepção de horas extras.

Palavras-chave: artigo 62 da CLT, requisitos, cargo de confiança, altos empregados, exclusão do regime de percepção de horas extras.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT

3 EMPREGADO OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA

3.1 ART. 62 ANTES E DEPOIS DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 8.966/94

3.2 CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO

3.3 DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA

4 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

¹ Advogada. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito.

1 INTRODUÇÃO

O capítulo 2 do diploma legal trabalhista (CLT) foi destinado a regulamentar a duração do trabalho dos empregados através da fixação de regras sobre a jornada laboral e da imposição de limites à autonomia privada (individual) e coletiva.

O art. 62 da CLT, por sua vez, cuidou de excluir das disposições previstas no capítulo determinada categoria de trabalhadores que se enquadra em um regime de trabalho incompatível com a fiscalização da jornada, seja pela circunstância em que o serviço é prestado (atividade externa), seja pela importância do empregado na estrutura hierárquica da **empresa** em virtude do cargo que ocupa.

O enfoque desta exposição volta-se para a análise do preceito legal com relação aos empregados que exercem cargo de confiança, situação prevista no art. 62, II, visando depurar a norma para entender a sua aplicação no caso concreto e o alcance que o legislador quis atribuir quando alterou a lei em 1994.

Mas, antes de examinar os contornos da norma trabalhista, cumpre analisar a sua constitucionalidade, isto é, se o texto (art. 62 da CLT) foi recepcionado pela Constituição Federal, à luz do que preconiza o art. 7º, XIII da CF de 1988.

2 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT

A Constituição Federal de 1988 assegurou aos trabalhadores uma miríade de direitos e garantias para o exercício da atividade profissional, com o fito de proporcionar melhores condições de trabalho. Trata-se, como evidencia o *caput* do dispositivo, de direitos mínimos que devem ser outorgados a todo trabalhador.

Dentre os direitos elencados pelo constituinte encontra-se “a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada,

mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”, nos termos do art. 7º, XIII, que fixou, de forma indistinta, os limites para a jornada diária e semanal dos empregados².

Por força dessa limitação, dirigida aos trabalhadores sem ressalvas, tem se questionado a constitucionalidade do art. 62 da CLT, que exclui alguns empregados do regime de duração de trabalho estabelecido pela CLT e CF/88.

Para uma parte da doutrina o artigo é inconstitucional porque não cabe ao legislador ordinário restringir ou suprimir direitos mínimos assegurados constitucionalmente, de modo que os altos empregados os trabalhadores externos fazem jus às horas extraordinárias.

É o que assinala, por exemplo, Luciano Martinez³:

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 disposto 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 os altos empregados. Perceba-se, então, que a interpretação de aplicabilidade do citado art. 62 está em desacordo com os novos comandos da Constituição de 1988.

O autor defende, assim, que a lei infraconstitucional apenas é válida na hipótese de instituir direitos, isto é, de impor melhorias nas condições de trabalho, pois o núcleo mínimo delineado pela Constituição é impenetrável e imutável.

Vólia Bomfim Cassar, por sua vez, sustenta a constitucionalidade do art. 62 ao fundamento de que a Constituição estabeleceu a regra geral, o que não impede as leis ordinárias de regular as exceções⁴.

² Com exceção dos domésticos, já que não possuem jornada de trabalho delimitada por nenhum diploma legal ou pela Constituição.

³ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283-284.

⁴ 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 inexiste obrigação de remunerar como extraordinário o trabalho

Convém reproduzir o seu escólio:

A regra geral imposta pelo art. 7º, XIII e XVI, da CRFB não revoga os casos especiais. Se assim o fosse, não existiria mais o contrato a termo em face do aviso prévio garantido a todos os trabalhadores (art. 7º, XXI, da CRFB), nem o direito à equiparação salarial preconizada no art. 461 da CLT, em face da igualdade preconizada no *caput* do art. 5º da CRFB etc⁵.

Arnaldo Sussekind⁶ também compartilha deste entendimento:

A circunstância de ter a Constituição de 1988 limitado 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 (diretivo e disciplinar).

Os doutrinadores filiam-se à tese de que a Constituição apenas demarcou as fronteiras ou os limites para a duração “normal” do trabalho, de modo que as disposições de caráter excepcional, a exemplo do art. 62 da CLT, não colidem com o prescrito no art. 7º, XIII da CF, traduzindo situações “peculiares” de trabalho.

A cizânia doutrinária, em verdade, gravita muito mais em torno da interpretação do artigo 62 do que da sua constitucionalidade ou recepção pela Lei Maior. Isto porque, é possível conferir interpretação a norma consolidada em conformidade com o que dispõe a Constituição, adequando-se aos parâmetros do art. 7º.

Assim, o artigo 62 não pode ser examinado 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

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). Julgado extraído da obra de CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120.

⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 699-700.

⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segades; TEIXEIRA, Lima *Instituições de Direito do Trabalho*. 22 ed. Vol 02. São Paulo: LTr, , 2005, p. 810..

confiança), incumbindo ao empregado provar o contrário e elidir a presunção firmada por lei.

Em outras palavras: o empregado enquadrado na situação prevista no artigo 62 tem direito a percepção de horas extras caso se desincumba do ônus de provar que, mesmo desenvolvendo atividade externa ou exercendo atividades de gestão, tem a sua jornada controlada, fazendo jus às horas que ultrapassem a jornada diária e/ou as quarenta e quatro horas semanais previstas na Constituição.

A lição de Maurício Godinho Delgado⁷ é elucidativa:

Note-se que a lei, aqui, apenas estabelece uma *presunção* – ela não autoriza discriminação (que seria inconstitucional, a propósito – ver art. 7º, XIII e XVI, CF/88). Comprovado, inequivocamente, que o obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de confiança ou gestão, vê-se submetido a *rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho*, não há que se falar em exclusão do regime de jornada delimitada e, por conseqüência, da possibilidade de aferição de sobrejornada. A atenuação dos rigores do antigo art. 62, 'b' da CLT, pela lei n. 8.966/94, torna ainda mais correta e pertinente essa compreensão interpretativa acerca do problema.

A diretriz encampada por Maurício Godinho Delgado parece sanar as controvérsias existentes a respeito do art. 62, que foi recepcionado pela CF/88, mas 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, 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 empregador⁸.

E este entendimento se coaduna com a finalidade 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 o

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: Ltr, 2010, p. 344.

⁸ Alice Monteiro de Barros 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 explicitar o valor, e nem por isso estava o gerente afastado das normas sobre duração do trabalho, se sujeito à fiscalização”. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 4 ed., 2008, p. 672-673.

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.

Luciano Martinez, apesar de se posicionar pela não recepção do art. 62 da CLT pela Constituição Federal, acaba se curvando à tese acima esposada, o que permite inferir que o referido jurista, na realidade, admite a aplicação do preceito legal ao defender que “a rigor, o mencionado dispositivo apenas arremete contra os altos empregados o ônus de provar o trabalho em sobrejornada. Há contra eles, na verdade, apenas presunção de ausência de serviço suplementar”⁹.

De tudo o que foi exposto, conclui-se que o art. 62 da CLT não viola o art. 7º, XIII da CF, pois 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 as peculiaridades do caso concreto.

O art. 62 foi responsável, portanto, por excepcionar os trabalhadores externos e os altos empregados do regime de horas extras, já que a fiscalização da jornada nestas hipóteses afigura-se inviável e incompatível com a natureza do cargo. Havendo, contudo, a possibilidade de controle, a presunção é afastada, desde que o empregado se desincumba do seu ônus de provar esta condição.

3 EMPREGADO OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA

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 parte da dinâmica

⁹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

empresarial, tendo acesso a um conjunto de informações privilegiadas e, às vezes, confidenciais.

Isto explica porque a relação de emprego não pode prescindir da confiança ou fidúcia, ainda que **genérica**, devendo ser atribuída a todo e qualquer trabalhador inserido no quadro de empregados de determinada pessoa jurídica.

Esta confiança pode ser classificada em: **genérica** ou **inespecífica**, inerente aos contratos de emprego; **específica** ou **estrita**¹⁰, que se atribui aos empregados capitulados 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 aos gerentes e chefes de departamento e/ou filial, nos termos do art. 62, II da CLT.

Os destinatários de fidúcia específica/estrita possuem poderes de mando e gestão, mas o seu exercício é restrito ou limitado, necessitando, como bem explica Luciano Martinez¹¹, de convalidação dos atos por um superior hierárquico, a fim que se revista de validade, eficácia e legitimidade para ser praticado.

Ocupam, portanto, uma posição intermediária na hierarquia da empresa, que justifica a existência de uma fidúcia especial por parte do empregador e a definição de atribuições diferenciadas da categoria geral dos trabalhadores, sendo autorizados a praticar certos encargos de mando ou gestão, na forma acima explicitada.

Já 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

¹⁰ Alice Monteiro de Barros (obra citada, p. 268) 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.

¹¹ Obra citada, p.171-172.

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”¹².

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 E DEPOIS DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 8.966/94

Para entender, com precisão, o texto da norma estatuída no art. 62 da CLT e assim fixar o seu sentido e alcance, faz-se necessário analisá-lo antes e depois da alteração promovida pela Lei nº 8.966 de 27 de dezembro de 1994.

No período anterior a vigência da referida lei, o artigo 62, b, da CLT excluía do capítulo relativo à duração do trabalho “os gerentes, 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).

O legislador estabelecia, portanto, os requisitos essenciais para caracterizar os empregados ocupantes de cargo de confiança, que deveriam exercer encargos de gestão, mando e representação através de mandato revestido de formalidade.

A jurisprudência adotava 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

¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 4 ed., 2008, p. 269.

cargo poderiam colocar em risco o desenvolvimento e a própria existência da empresa.

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

Maurício Godinho Delgado¹³ explica a posição da jurisprudência da época e os requisitos que se exigiam para caracterizar o cargo de confiança:

Considerava-se firme a intenção da lei de restringir a noção de cargo/função de confiança àqueles postos que deferissem aos seus ocupantes uma tríade de requisitos: 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 disciplinado na CLT e na própria Constituição Federal, ficando suscetíveis a excessos e arbitrariedades por parte do seu empregador¹⁴.

A Lei nº 8.966/94, ao modificar a redação do art. 62, b, introduziu um novo espaço para discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da caracterização do cargo de confiança para efeito de exclusão do regime de horas extras.

O preceito legal, com a alteração, passou a ter o seguinte enunciado:

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: Ltr, 2010, p. 341.

¹⁴ Por este motivo Amauri Mascaro Nascimento afirmou na sua obra que “o empregado exercente de cargo de confiança só pode ser considerado um tipo especial de empregado num ponto; a restrição de direitos trabalhistas que sofre. No mais, em nada difere do empregado comum, a não ser também pelas vantagens econômicas maiores do cargo”. A posição do autor revela o espírito que inspirava os juristas da época, embora seja extremada, pois os exercentes de função de confiança possuem atribuições e prerrogativas diferenciadas na estrutura hierárquica da empresa, o que os distingue dos demais empregados, além de perceberem remuneração mais elevada, de modo que não podem ser comparado a um simples empregado,

Art. 62. Não se compreendem no regime deste capítulo:

I – (...)

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).

A primeira grande novidade perpetrada pela Lei 8.966/94 foi inserir, no parágrafo único do art. 62, um critério remuneratório objetivo para fixar os contornos do “padrão mais elevado de vencimentos” dos cargos de confiança, que não pode ser inferior a 40% (quarenta por cento) do salário correspondente ao cargo efetivo.

Algumas situações, entretanto, podem surgir no caso concreto que tornam 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. Como aferir o padrão mais elevado de vencimentos imposto pela legislação?

Vólia Bomfim Cassar¹⁵ parece ter a solução para o problema:

Defendemos que, neste caso, tal exigência não se 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 aos 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.** (o negrito foi acrescido ao original).

A tese da autora tem fundamento, mas deve ser vista 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

¹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 709.

estabelecido nas hipóteses que se enquadrarem no parágrafo único do art. 62 da CLT.

Se o caso concreto foge à normatização legal, como no exemplo dado, 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 accidental 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 (v.g.), 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 8966/94 inseriu ainda os chefes de departamento ou filial no rol dos exercentes da função de confiança ao lado dos gerentes e diretores, o que também provocou acirrados debates na doutrina e jurisprudência.

Há quem sustente que a alteração promovida pela lei estendeu o alcance do art. 62, II da CLT, em contraposição a redação anterior que restringia o tipo legal. Dispensa-se 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 ou elevada possuir poderes de gestão, embora o exercício seja mais restrito, pois a sua atividade não coloca, necessariamente, em risco a existência da empresa¹⁶.

É o que sugere Arnaldo Sussekind¹⁷, uma vez que o autor limita-se a definir os cargos de confiança sem se referir à teoria de Mario de La Cueva:

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

¹⁶Sérgio Pinto Martins caracteriza o cargo de confiança com base apenas no exercício dos encargos de gestão, sem mencionar a amplitude deste poder e se adota a teoria de Mario de La Cueva após a alteração promovida pela Lei 8.966/94. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho, São Paulo: Atlas, 13. ed, 2001, p. 446

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segades; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, vol 2. São Paulo: LTr, 22 ed., 2005, p.811.

gestão pertinentes à administração superior da empresa, enquanto 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 ao 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.(o itálico é do original)

Para esse jurista não 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.

Entretanto, não há mais 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.

Por outro lado, há quem defenda 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 a figura do seu empregador, sendo o seu *alter ego*.

Vólia Bomfim Cassar¹⁸ compartilha desta tese:

Pertencem ao segundo grupo os empregados de confiança que podem exercer as mesmas atribuições acima descritas, mais com poderes mais amplos e irrestritos para alguns atos. Normalmente podem exercê-los sem fiscalização, sem limites, de forma autônoma, substituindo o próprio empregador. Mesmo quando necessitam de autorização, esta é concedida sem critério fiscalizador, já que decorre da confiança. Estes trabalhadores são caracterizados como altos empregados, por se confundirem com o próprio empregador, face à amplitude de seus poderes. Um único ato destes empregados poderá colocar em risco não só a atividade do empregador, mas a sua própria existência.

¹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 5 ed., 2011, p. 703. A autora prossegue explicando que os empregados que se enquadram no art. 62, II, por ela denominados de “gerentão”, diferem dos empregados de confiança tipificados no art. 499 da CLT e 224, § 2º (bancários), denominados de “gerente”, justamente pela existência de poderes amplos e irrestritos que são outorgados aos primeiros. “Nas palavras de Mario de La Cueva ‘a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, a segurança e ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade’ são características deste tipo de empregado de confiança, isto é, do ‘gerentão’, já que é um *longa manus* do empresário”. Obra citada p. 704.

A autora afirma que a Lei nº 8.966/94 apenas fixou mais um requisito para a 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 (*mens legis*) da norma, porém, manteve-se incólume, devendo continuar se aplicando no caso concreto a teoria inspirada em Mario de La Cueva¹⁹.

Délio Maranhão²⁰ parece esposar o mesmo entendimento:

Em princípio serão de confiança aqueles cargos cujo exercício coloque em jogo – como diz *La Cueva* – “a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade”. (...) Assim, o empregado que administra o estabelecimento, ou aquele que chefia determinado setor vital para os interesses do estabelecimento. (o itálico é do original)

A 1ª Turma do egrégio tribunal da 5ª região segue esta diretriz mesmo após a alteração da Lei nº 8.966/94, como revela esta passagem do acórdão²¹:

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 positivada no referido dispositivo legal, não prescinde da verificação 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 atitudes como se fosse verdadeira extensão do empregador, a sua *longa manus*. Age assim o empregado que, ao substituir o empregador possa, nesse passo, como afirma Mario De La Cueva, “colocar em risco a própria existência da empresa seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade” (in *Derecho Mexicano Del Trabajo*, I, 1949, p. 434)²².**

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

¹⁹ *Idem*, p. 705-706.

²⁰ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segades; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol 1. São Paulo: LTr, 22 ed., 2005, p.313.

²¹ 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”. (RO 2188200805202004 SP 02188-2008-052-02-00-4, Relator Carlos Francisco Berardo. DJ 09/06/2009, extraído do site [WWW,jusbrasil.com.br](http://WWW.jusbrasil.com.br))

²² **Processo** 0124900-37.2007.5.05.0134 RecOrd, **ac. nº** 004480/2010, **Relatora Desembargadora ELISA AMADO**, 1ª. TURMA, **DJ** 18/03/2010. Acórdão extraído do site do TRT da 5ª região: WWW.trt5.jus.br. Os grifos foram acrescentados ao original.

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. (RR 100001020015040771 10000-10.2001.5.04.0771, Relator João Oreste Dalazen, DJ 18/02/2005).

Esta não parece, contudo, ser a tese mais consentânea com a atual redação do art. 62, II e parágrafo único da CLT, sob pena de tornar inócua a alteração promovida pela Lei nº 8.966/94. É inegável que o legislador concretizou o padrão remuneratório condizente com os ocupantes de cargo de confiança, estabelecendo que os ganhos deveriam ser superiores a 40% do salário do cargo efetivo.

Mas não se pode dizer que esta foi a única modificação significativa da Lei. Houve a inclusão dos chefes de departamentos e filiais no tipo legal, o que revela, sem dúvida, uma atenuação na posição restritiva consolidada pela doutrina e jurisprudência no que diz respeito as hipótese de incidência do art. 62.

Isto quer dizer 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. Em outras palavras: não se qualifica mais o empregado de confiança tipificado no art. 62, II, como *alter ego* ou *longa manus* do empregador, abandonando-se a clássica concepção instituída por Mario de La Cueva.

Ora, se os chefes de departamento/filial, que são importantes na estrutura hierárquica da empresa, embora não sejam dotados de amplos e irrestritos encargos de mando e gestão, de modo a colocar em risco a atividade do empresário, foram equiparados aos gerentes, forçoso concluir que houve uma flexibilização no rigor da norma e, por conseguinte, na caracterização do cargo de confiança.

Este fato não atribui, por outro lado, interpretação extensiva à norma restritiva de direitos, que continua sendo exceção à regra geral, justamente por sonegar alguns direitos e garantias a esta categoria de trabalhadores. Deve, pois, ser examinada com cautela, casuisticamente, com vistas a verificar se o chefe de departamento/filial, diretor ou gerente possui prerrogativas inerentes ao cargo de confiança que o distinguem dos demais empregados, destinatários de fidúcia genérica.

Dito de outro modo: não é qualquer chefe de departamento 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.

Maurício Godinho Delgado²³ dirimiu a controvérsia que gravitava em torno desta questão com mestria, consoante evidencia trecho extraído da sua obra:

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

[...]

Em síntese, pode-se considerar que ocorreu clara redução dos antigos requisitos do cargo/função de confiança do art. 62 da CLT, para apenas *dois: elevadas atribuições e poderes de gestão* (até o nível de chefe de departamento ou filial); *distinção remuneratória*, à base de, no mínimo, 40 % a mais do salário do cargo efetivo (considerada a gratificação de função, se houver).

Ainda se exige, portanto, que o empregado ocupante de cargo de confiança ocupe uma posição de relevo na estrutura hierárquica da empresa,

²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 9 ed., 2010, p. 343.

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.

O que se revela despiendo para enquadrá-lo no art. 62, II da CLT, porém, é a noção traçada por Mario de *La Cueva*, em que um único ato praticado pelo alto empregado ameaça “a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, a segurança e ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade”.²⁴

A Juíza Cecília Pontes Barreto Magalhães²⁵ deliberou neste sentido:

O art. 62, da CLT excepcionava da abrangência do regime previsto no capítulo II, “os gerentes, 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” (CLT, art. 62, alínea “b”). Assim, na dicção do antigo artigo 62, “b”, da CLT, considerava-se cargo ou função de confiança aquele existente na alta hierarquia administrativa da empresa e que conferia, ao seu ocupante, amplos poderes de decisão, inclusive sobre a dinâmica e interesses empresariais, além dos poderes de representação, os quais, inclusive, poderiam colocar em risco a própria existência da empresa. O empregado, ocupante de cargo de confiança, nos termos do citado dispositivo consolidado, era o verdadeiro *longa manus* do empregador. A Lei nº. 8.966/94 alterou o art. 62, da CLT [...] A nova redação do art. 62, II, da CLT, definiu, com objetividade, os contornos do requisito concernente ao padrão salarial mais elevado, *i.e.*, diferença salarial superior a 40% do salário do cargo efetivo. De outro lado, manteve também o requisito de existência de elevadas funções e atribuições de gestão, aduzindo, contudo, que, no conceito de tais funções, além dos diretores, os chefes de departamento ou filial, donde forçoso é concluir que, **com a nova lei, houve, para fins de reconhecimento do exercício de um cargo de confiança, uma atenuação nos poderes conferidos ao empregado ocupante de tal cargo.** Sublinhe-se que a lei nova silenciou-se a respeito do anterior requisito da função de representação. Sem mitigar o cargo de confiança, **o que importa averiguar, de acordo com o melhor entendimento jurisprudencial e doutrinário esposado em face da nova redação do art. 62, II, da CLT, é se o empregado, ao qual se atribui o exercício de um cargo de confiança, detém significativos poderes no contexto da divisão interna da empresa, não se exigindo mais que o empregado necessariamente detenha poderes tão elevados, cujo exercício colocasse em jogo, cf. noção construída pelo jurista Mario de La Cueva: “a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade”**

²⁴ Cueva, Mario de La. *Derecho Mexicano Del Trabajo*, I, 1949, p. 434

²⁵ **Processo** 0000966-18.2010.5.05.0011 RTOrd, **Juíza** CECÍLIA PONTES BARRETO MAGALHÃES, **Data** 07/12/2010. Extraído do site do TRT da 5ª região: WWW.trt5.jus.br. Os grifos foram acrescentados ao original.

(in SUSSEKIND, Arnaldo. *et al.* “Instituições do Direito do Trabalho”, vol. 1, 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 270).

Vê-se, pois, que o art. 62, após 27 de dezembro de 1994, não pode ser interpretado de forma tão restrita como ocorria anteriormente, uma vez que o legislador mitigou a norma, tornando os parâmetros para caracterizar a função de confiança mais flexíveis. Entretanto, não se pode dizer que a interpretação deve ser extensiva, prescindindo do exercício de amplos poderes de gestão e elevadas atribuições, pois, do contrário, o empregado se iguala a um simples trabalhador, submetido a controle e fiscalização do empregador, o que desnatura o cargo de confiança.

3 2 CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO

O bancário também pode exercer “funções de direção, gerência, fiscalização, chefia [...]” ou outros cargos de confiança equivalentes, mas nestas hipóteses ele não se subsume a regra do art. 62, II da CLT e sim na do art. 224, § 2º.

Existe, portanto, norma específica que disciplina o cargo de confiança bancário, assim qualificado pela existência de poderes de mando (ou chefia), gestão (*rectius* direção) e/ou fiscalização, exercidos de forma mais restrita ou mitigada se comparados com os que se exigem para tipificação do art. 62, II da CLT.

Podem até possuir poderes para demitir ou admitir funcionários, mas seus atos, para serem reputados válidos, necessitam de convalidação por uma autoridade superior, em virtude da fidúcia específica que lhe é depositada, diferindo da confiança excepcional inerente aos empregados do art. 62 da CLT.

Sobre o tema, Alice Monteiro Barros²⁶²⁷ preleciona que:

²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 4 ed. 2008, p. 275. O negrito foi acrescido ao original.

²⁷ Maurício Godinho Delgado consigna, a propósito que: “a caracterização do cargo de confiança bancária é, sem dúvida, específica, derivando do texto diferenciado do art. 224, § 2º, da CLT. Nesta medida, não se confunde com a caracterização tipificada no art. 62 consolidado. Os poderes de *mando* que lhe são exigidos (a lei fala em funções de direção, gerência, chefia e equivalentes) não são, inegavelmente, tão extensos e acentuados, uma vez que o exercício de *chefia* atende o requisito

A exceção prevista no § 2º do art. 224 da CLT, que sujeita o bancário a oito horas diárias de trabalho, abrange todos os cargos que pressupõem atividade de direção, coordenação, supervisão ou fiscalização burocrática de sérvios, capazes de colocar o seu ocupante acima do nível dos colegas, cujas funções dirige. Não se exige, entretanto, amplos poderes de mando e gestão. **Daí se infere que a expressão “cargo de confiança bancária” tem aqui um alcance muito maior do que aquele previsto no art. 62, II, da CLT. Logo, nem todos esses cargos enquadram o trabalhador como alto empregado.**

E a ampliação das hipóteses de cargo de confiança de que trata o art. 224, § 2º se deve ao fato de que os bancários, ocupantes dos cargos de confiança elencados no referido preceito legal, não são excluídos das disposições relativas à duração do trabalho contidas no capítulo 2 da Consolidação das leis trabalhistas.

O legislador apenas autoriza a prorrogação da jornada especial do bancário de 6 (seis) para 8 horas diárias, em face da ocupação de função de confiança, desde que esta seja remunerada com gratificação superior a 1/3 do cargo efetivo.

Não se sonegam, portanto, direitos e garantias ao bancário que se enquadra no art. 224, § 2º, admitindo-se tão somente a sua flexibilização mediante o elastecimento da duração diária da jornada de trabalho, em decorrência da fidúcia especial outorgada ao cargo de confiança bancário e que os difere dos demais.

É preciso, contudo, que estejam presentes efetivos poderes de direção, chefia e/ou fiscalização, de modo a justificar o tratamento diferenciado do bancário que exerce cargo de confiança, não se enquadrando neste conceito o caixa (ainda que executivo), o advogado (súmula 102, V e VI do TST²⁸) ou o simples auditor ou supervisor do estabelecimento bancário, mesmo que perceba gratificação superior a 1/3, pois o exame deve ser casuístico, somente se configurando o cargo

legal (não se exige, necessariamente, chefia de departamento ou filial). A par disso, o dispositivo especial considera ocupante deste cargo também o exercente de funções de *fiscalização* – embora não se tratando de chefe, tem de ter inquestionáveis poderes fiscalizatórios”. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 9 ed. 2010, p. 345. O itálico é do original.

²⁸ Súmula 102. V - O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art. 224 da CLT.

VI - O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta.

de confiança na hipótese de existir prova cabal dos encargos ou poderes exigidos por lei.

A jurisprudência do TRT5 acolhe esta diretriz, como revelam estas ementas:

BANCÁRIO. EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA NÃO COMPROVADO. O pagamento de gratificação de função igual ou superior a 1/3 do salário do cargo efetivo não permite, por si só, o enquadramento do empregado na exceção prevista no §2.º do art. 224 da CLT. É que tal enquadramento depende da existência de prova robusta do exercício de cargo de confiança bancária. A ausência nos autos de prova neste sentido autoriza, em conseqüência, o pagamento, como extra, do labor prestado a partir da 6.ª hora diária. (**Processo** 0098000-79.2009.5.05.0026 RecOrd, **ac. nº** 027233/2010, **Relatora Desembargadora** GRAÇA BONESS, 4ª. TURMA, **DJ** 03/09/2010. Acórdão extraído do site do TRT da 5ª região: WWW.trt5.jus.br)

CARGO DE CONFIANÇA. BANCÁRIO. DEMONSTRAÇÃO DE GRAU MAIOR DE FIDÚCIA. "Entende-se que para configurar-se a função de confiança bancária (artigo 224, § 2º, da CLT), a excepcionar o empregado bancário da jornada de trabalho de seis horas diárias, se faz necessário a inequívoca demonstração de grau maior de fidúcia no exercício das funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, não sendo suficientes o pagamento de gratificação de 1/3 do salário do cargo efetivo e a denominação da função ocupada pela empregada. (**Processo** 0094600-28.2007.5.05.0026 RO, **ac. nº** 018293/2010, **Relatora Desembargadora** MARIA ADNA AGUIAR, 5ª. TURMA, **DJ** 30/07/2010)

Não basta, portanto, o simples pagamento da gratificação de função superior a 1/3 para caracterizar o cargo de confiança bancário. Necessária a demonstração da fidúcia especial destinada ao empregado, consubstanciada na prova das reais atribuições do cargo²⁹, para enquadrá-lo na exceção do § 2º do art. 224.

No que diz respeito ao gerente geral de agência bancária, por lhe ser conferida uma fidúcia de caráter excepcional, uma vez que é responsável pela gestão e direção de todos os setores da agência, o TST consolidou entendimento de que se aplica a hipótese do art. 62, II, pois há uma presunção de que o gerente executa os seus misteres com amplos poderes, na forma da súmula 287:

Gerente Bancário - Horas Suplementares - Jornada de Trabalho. A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida

²⁹ O TST cristalizou esta diretriz na Súmula 102, I, *verbis*: "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 insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos".

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. (o negrito é do original)

A presunção aludida na súmula é relativa, podendo ser afastada por prova em contrário a cargo do empregado, que deverá demonstrar que não atende os requisitos legais do art. 62 e sim do art. 224, § 2º, motivo pelo qual faz jus ao pagamento de horas extras que ultrapassem a oitava diária, ou então, que sequer ocupa cargo de confiança, pois desenvolve atividades de cunho técnico e burocrático, aplicando-lhe a regra geral do art. 224, *caput* com jornada de 6 (seis) horas.

Em síntese, o bancário pode exercer cargo de confiança, nos moldes do art. 224, § 2º da CLT, quando ocupa funções de direção, chefia, fiscalização ou outras equivalentes, com poderes restritos, cumprindo jornada normal de oito horas diárias. Se exercer amplos poderes de gestão, como no caso de gerente geral de agência bancária, equipara-se ao cargo de confiança enunciado no art. 62, II da CLT, sendo excluído do regime de percepção das horas extras se a atividade for incompatível com a fiscalização ou controle de horário por parte do empregador.

3.3 DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA

Questão polêmica e tormentosa na doutrina e jurisprudência gira em torno do enquadramento do empregado eleito, por uma assembléia geral, como diretor de sociedade anônima, dotado de amplos poderes de gestão, mando e representação.

Para muitos, ele não é considerado alto empregado ou ocupante de cargo de confiança tipificado no art. 62, II da CLT, pois é responsável por núcleo vital da organização por ele dirigida, sequer podendo qualificar-se como empregado no sentido jurídico, posto que, ao assumir a diretoria, desaparece requisito essencial para caracterizar as relações de emprego: a presença de subordinação.

Destarte, afigura-se inconcebível que o diretor atue, simultaneamente como dirigente e dirigido ou, ainda, empregado de si mesmo, uma vez que dirige a sociedade livremente sem qualquer interferência da sociedade, mas apenas do voto da maioria de acionistas integrantes do Conselho de administração da S/A.

Logo, sendo impossível a materialização da figura do empregado nesta hipótese, dada a ausência de subordinação jurídica, o contrato de trabalho ficaria suspenso até o término do mandato eletivo de diretor da sociedade anônima, consoante entendimento cristalizado pelo TST na súmula 269, assim vazada:

Empregado Eleito para Ocupar Cargo de Diretor - Contrato de Trabalho - Relação de Emprego - Tempo de Serviço. O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. (O negrito é do original)

Luciano Martinez³⁰ segue a diretriz do TST:

Um alto empregado pode ser alçado à condição de diretor da empresa> Nessa situação, se a qualidade de diretor for capaz de retirar a subordinação jurídica em relação ao empregador, o contrato de emprego ficará suspenso até que finde o período de exercício da direção do empreendimento.

Alice Monteiro de Barros³¹ também adere a esta corrente sustentando que “o diretor da sociedade-anônima tanto pode ser diretor-órgão, evidentemente, sem vínculo-empregatício, como diretor-empregado”, cuja qualificação depende da existência ou não de subordinação jurídica no caso concreto, na esteira do que preconiza o enunciado da súmula 269 do TST, transcrito acima³².

Já Mozart Victor Russomano³³ advoga que a eleição do empregado para o cargo de diretor de S/A acarreta a extinção definitiva do contrato empregatício, que não se restabelece com o fim do mandato eletivo em face da

³⁰ *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

³¹ *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 4 ed. 2008, p. 271

³² Outro partidário da corrente é José Augusto Rodrigues Pinto. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 4 ed., 2000, p. 112.

³³ *Apud* Magano, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho*, vol 2. São Paulo: LTr, 3 ed., 1992, p.138.

incompatibilidade entre o exercício da função de diretor e a figura jurídica do empregado.

Uma terceira vertente doutrinária admite a interrupção do contrato de trabalho, computando-se o período de exercício do cargo de diretor no tempo de serviço do empregado³⁴. E, por fim, há os que afirmam que a situação jurídica do empregado subsiste incólume quando este é investido na qualidade de diretor³⁵³⁶.

Filia-se a corrente majoritária consubstanciada na súmula 269 do TST, uma vez que o empregado eleito através de uma assembléia geral para ocupar o cargo de diretor de S/A, *investido* de irrestritos poderes de mando, gestão e representação, além de gozar de prerrogativas não outorgadas a nenhum outro empregado, ainda que exerça função de confiança, não está sujeito a subordinação jurídica ou a dependência que exige o art. 3º da CLT para caracterizar a figura do empregado.

Em outras palavras: não se pode equiparar um diretor de uma sociedade anônima, cujo controle da sociedade depende de sua atuação direta, a um gerente, chefe de departamento/filial ou a um simples diretor de empresa definidos no tipo legal do art. 62, considerando que estes empregados trabalham sob inequívoca subordinação jurídica, apesar de mitigada pela ocupação do cargo de confiança.

E isto se torna ainda mais evidente com a alteração promovida pelo legislador em 1994, que atenuou os requisitos para caracterizar a função de confiança prevista no art. 62, o que corrobora a tese de que o diretor de S/A não

³⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Diretor de Sociedade Anônima. Pareceres de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 87.

³⁵ ANTERO, Carvalho. *Apud* Magano, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho*, vol 2. São Paulo: LTr, 3 ed., 1992, p.138. Também neste sentido manifestou-se Vólia Bomfim Cassar. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 5 ed., 2011, p. 710.

³⁶ Maurício Godinho Delgado assinala, a propósito que: “a tese defendida por *Antero de Carvalho* e *Octavio Bueno Magano* é mais perfeita, juridicamente, do que a da simples *interrupção da prestação de serviços empregatícios*: afinal ele evita o artificial acúmulo de vantagens de situações contratuais de natureza diversa, envolvendo o mesmo período de labor. Desse modo, se se entende que o diretor mantém-se como empregado, cabe enquadrá-lo como ocupante de elevado cargo de confiança, com as conseqüência jurídicas daí advindas (art. 62, CLT)”. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 9 ed. 2010, p. 350. O itálico é do original.

pode ser enquadrado como um simples ocupante de cargo de confiança do art. 62, II da CLT.

Nesta situação, seu contrato de emprego será sobrestado até que a condição que ensejou a suspensão desapareça, ou seja, finde o mandato de diretor, evitando a soma indevida das vantagens auferidas simultaneamente nos dois períodos.

Existindo, contudo, subordinação do diretor as regras, diretrizes e ordens do seu empregador, possuindo poderes limitados que o impeçam de dirigir a sociedade com autonomia, prevalece à condição de empregado (nos termos da súmula 269 do TST) que, *in casu*, pode se enquadrar na hipótese de incidência do art. 62, II da CLT (cargo de confiança), a depender do grau de fidúcia depositado no empregado.

4 CONCLUSÃO

Como visto, o art. 62 reúne diversas questões que precisam ser resolvidas para se entender o seu substrato e assim aplicar a norma ao caso concreto.

Buscou-se, em um primeiro momento, analisar se o dispositivo legal foi ou não recepcionado pela Constituição em face do que dispõe o seu art. 7º, XIII, que estabelece a duração normal do trabalho e fixa o limite diário e semanal da jornada.

Restou 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.

O dispositivo consagrou, portanto, as hipóteses excepcionais em que milita uma presunção de ausência de fiscalização da jornada pela incompatibilidade com o exercício da função de confiança. Cabe ao empregado, porém, o ônus de provar que havia na espécie efetivo controle, motivo pelo qual se submete as normas constantes no capítulo 2 da CLT, fazendo jus ao regime de horas extras.

A CLT, em verdade, quis regular de modo diferenciado o empregado destinatário de uma fidúcia excepcional, qualificado como “alto empregado”, em razão da posição de relevo que ocupa na empresa, sendo dotado de poderes para gerir um departamento ou filial, ou ainda dirigir ou gerenciar o empreendimento.

Mas estes poderes não são tão amplos como os exigidos pela doutrina e jurisprudência para caracterizar o cargo de confiança do art. 62, b da CLT. Houve uma mitigação dos requisitos pela Lei nº 8.966/94 ao equiparar os chefes de departamento ou filiais aos gerentes e diretores, além de retirar o encargo de representação.

Abandonou-se a teoria inspirada em *Mario de La Cueva*, 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, com vistas a justificar a confiança excepcional depositada pelo empregador e autorizar o tratamento diferenciado com a supressão de direitos e garantias.

Não é necessário, contudo, que o gerente, diretor ou chefe de departamento/filial seja a *longa manus* do empregador, decidindo o destino e a marcha geral dos negócios, de modo a exercer seus misteres com ampla e irrestrita autonomia.

Eis o barema que se pretendeu fixar para o cargo de confiança do art. 62, II após a alteração perpetrada pela lei: nem tão restrito como antes sedimentado pela doutrina e jurisprudência, ancorados na doutrina de *Mario de La Cueva*, nem tão amplo, como se pensou em um primeiro momento, afinal não se pode conferir uma interpretação extensiva a uma norma que restringe ou sonega direitos.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 4 ed., 2008.
- CARRION, Valentin. *Comentários á Consolidação das Leis do Trabalho*. 33 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- CUEVA, Mario de La. *Derecho Mexicano Del Trabajo*, I, 1949.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 9 ed., 2010.
- MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Direito Individual do Trabalho; 3 ed. Vol 2. São Paulo: LTr, 1992
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Diretor de Sociedade Anônima*. Pareceres de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1976
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2000,
- SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segades; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22 ed. Vol 1. São Paulo: LTr, 2005.
- _____ *Instituições de Direito do Trabalho*. 22 ed. Vol 02. São Paulo: LTr, 2005.