

DESAFIOS DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 62 DA CLT NA PRÁTICA

**Pâmela Janaina Schamne*



Introdução:

Sabemos que o controle de jornada dos empregados e colaboradores é uma obrigação do empregador, com o principal fim de evitar trabalhos extenuantes que coloquem em risco a saúde do trabalhador. Sabemos também que o próprio legislador, em alguns casos, previu exceções, permi-

tindo que não se anotassem ou registrassem, principalmente no artigo 62 da CLT. Nosso objetivo, neste artigo, é esclarecer ao leitor quais seriam as vantagens e as desvantagens práticas da aplicação do 62 da CLT, principalmente frente ao judiciário, tendo como principal empecilho a tecnologia e seus instrumentos que possibilitam o controle da jornada remotamente pelo empregador.

1. A Jornada no Direito do Trabalho

A jornada do trabalhador é um tema sensível e que deve ser vigiada pelo empregador, principalmente com a finalidade de garantir a

higidez e a saúde, tanto física quanto mental do trabalhador. Seja para trabalhadores fixos ou que se desloquem entre sedes das empregadoras. Tanto a Constituição Federal como a Consolidação das Leis do Trabalho obrigam o empregador ao controle e ao não excesso de trabalho.

A Constituição Federal, em seu artigo Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, dispõe em seu artigo 7º, incisos que:

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

(...)

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

(...)

A Carta Magna, conhecida como Constituição Cidadã de 1988, que rege todas as relações e situações no Estado Brasileiro, determina que sejam respeitadas condições mínimas no que se refere à jornada de trabalho de cada um dos trabalhadores brasileiros.

O termo jornada deriva do latim diurnum: “feito durante o dia”, de dies, “dia”, do francês Journéi. Ou seja, refere-se efetivamente ao DIA de trabalho, sendo o termo “jornada diária” redundante, já que ambos significam a mesma coisa.

Já a CLT, que é o regramento legal específico das relações de trabalho, no seu Capítulo II – da duração do trabalho, regulamenta e determina o mínimo a ser respeitado e garantido ao empregado. A par-

tir do artigo 58 da CLT, Seção II – Da jornada de trabalho, o legislador dispõe alguns limites ao empregador, com a intenção visível de proteger a saúde dos empregados de jornadas extenuantes e que possam colocá-los em risco.

A Reforma Trabalhista, instituída pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, trouxe consigo relevantes e importantes mudanças neste tópico da CLT, que afastam a partir daquela data, alguns direitos e proteções interpretadas como excessivas pelo legislador redator da reforma, como, por exemplo, o tempo à disposição, as horas in itinere, dentre outras mudanças que passaram de menos flexíveis e benéficas ao empregado, para mais rígidas e menos protetivas para com o trabalhador.

No que se refere ao registro específico de jornada, o artigo 74 e seus parágrafos, da CLT, dispõe que:

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

§ 1º (Revogado).

§ 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.

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo.

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Ou seja, trata de obrigação do empregador o controle e meios para registro da jornada dos seus colaboradores, existindo em alguns

casos específicos a exceção, como aquelas previstas no artigo 62 da CLT, em seus três incisos:

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

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

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

III - os empregados em regime de teletrabalho.

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).

Adiante, destacaremos alguns pontos e requisitos mínimos para que seja considerada válida a aplicação da jornada externa, bem como, as impressões do judiciário acerca do tema.

2. O Que é a Jornada Externa e Suas Permissões Legais

Como vimos anteriormente, o legislador brasileiro fez questão de determinar ao empregador quais seriam as possibilidades de jornadas diferenciadas, não deixando a escolha das partes, sob pena de se prejudicar o hipossuficiente naquela negociação. Sabemos que existe a jornada: ordinária, que é a prevista em lei de no máximo oito horas de trabalho. A extraordinária, que excede, respeitado o máximo legal de duas horas, a jornada diurna e noturna, cada uma com suas especificidades, e as jornadas especiais.

Conforme leciona o advogado Wladimir Pereira Toni, em seu ar-

tigo “O controle da jornada de trabalho e as suas exceções”, a CLT foi específica ao afastar a necessidade de controle de jornada no artigo 62, vejamos:

Primeiramente, faz-se necessário destacar um detalhe do caput do artigo, onde consta claro que “Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo...”. Grifei “neste capítulo” porque trata-se de um ponto que não costuma receber a devida atenção. Tal capítulo (capítulo II) trata da Duração do Trabalho e abrange os artigos 58 à 75 da CLT, que correspondem às seções sobre Jornada de Trabalho, Períodos de Descanso, Trabalho Noturno, Quadro de Horários e Penalidades.

Da leitura atenta do referido dispositivo legal podemos concluir que aos empregados abrangidos pelas duas exceções do artigo 62 não se aplicam nenhuma das disposições previstas nos artigos 58 a 75. Isso significa que, para essas pessoas, não haverá pagamento de horas extras ou adicional noturno, mas também delas não serão descontadas eventuais faltas e atrasos, afinal, não existe controle de horários, tampouco cartões de ponto.ⁱⁱ

Não basta simplesmente decidir que não se controlará a jornada daquele determinado colaborador, já que a Lei determina que a regra é registrá-la e acompanhá-la, seja por ponto eletrônico, manual, biométrico, aplicativo de celular, computador e inúmeras outras possibilidades, desde que autorizadas pelo Ministério da Economia (Trabalho) e previsto em lei ou regulamento especial.

O artigo 62 da CLT prevê três únicas situações em que é possível o labor sem a devida marcação da jornada pelo colaborador, seriam: empregados que exercem jornada tipicamente externa, desde que incompatíveis com o controle de jornada. No seu inciso II, os gerentes, ocupantes de cargos de gestão, detentores de elevada fidúcia e confiança. E, por fim, incluído após a Reforma Trabalhista, os trabalhadores na modalidade de teletrabalho.

3. 62, I da CLT – Jornada Típica Externa

O inciso I do artigo 62 da CLT dispõe que não será controlada ou registrada a jornada dos trabalhadores que “exerçam atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no registro de empregado”.

Ou seja, a lei prevê que deve ser INCOMPATÍVEL o labor com a possibilidade de controle, citando-se como exemplo casos de vendedores, que atuam distante da sede de seus empregadores, que não comparecem na sede, que não participam de alinhamentos diários, que não possuem rastreamento em veículo ou qualquer outro aplicativo que possibilite o “controle” pelo empregador.

Destacamos que não é uma opção do empregador o “não controle” da jornada, mas deve ser uma IMPOSSIBILIDADE, deve ser incompatível o labor realizado com o efetivo controle, independentemente do meio para controle.

Citando como exemplo o próprio regramento especial dos motoristas – Lei 13.103 de 2 de Março de 2015, que, mesmo em jornada 100% externa, devem registrar em papeleta seus horários de trabalho. Neste caso, importante citar, a título exemplificativo, que o 62 da CLT NÃO enquadra qualquer outra função ou cargo em que haja a possibilidade de controle, seja por anotação, check in em postos, em aplicativos, enfim, se HOUVER a possibilidade de controle da jornada, por qualquer meio telemático, mecânico etc., DEVE ser controlada a jornada pelo empregador.

Nos casos em que o labor é tipicamente externo, completamente impossível de controle, o intervalo intrajornada (refeição e descanso) também é presumido e ausente de controle, devendo o empregador sempre orientar e: comprovar tal orientação aos seus colaboradores. Destacamos que, inexistindo o controle da jornada, não há que se falar

em pagamento de qualquer hora extraordinária.

Discussão recente na Justiça do Trabalho, já que hodiernamente é quase impossível que um empregado não possa ter sua jornada controlada, diante da evolução tecnológica constante, surgiu uma discussão acerca da fidedignidade de tais controles, já que um APP de celular necessita de internet para o seu funcionamento, sendo que colaboradores que atuam em áreas mais remotas, rurais, nem sempre possuem tal condição.

E, se possuem, sinais esparsos de internet, para lançamento de dados e informações, estas nem sempre condizem com a realidade, o que coloca em dúvida a fidedignidade dos registros.

Destacamos ainda que a legislação se baseia no costume, ou seja, ela acompanha e DEVE acompanhar a evolução da sociedade, deixando de permitir condutas e comportamentos que, de alguma forma, se modernizaram ou que evoluíram com o desenvolver social. Por isso, hoje, está cada vez mais difícil o enquadramento de colaboradores no que prevê o artigo 62 da CLT, já que a tecnologia pode e deve ser amplamente utilizada como facilitador nas relações de trabalho.

Algumas dificuldades ainda são quanto ao acesso de tais tecnologias pelos empregadores de pequeno e médio porte.

JORNADA EXTERNA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE. INAPLICABILIDADE DO ART. 62, I, DA CLT. A aplicação do art. 62, I, da CLT (“empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”) deve ser afastada quando o empregador, embora à distância, disponha de meios para controlar, efetivamente, o horário de trabalho do empregado ou lhe imponha tal volume de tarefas que não possa ser cumprido em horário normal ou ainda que tenha pleno conhecimento, face à forma de execução dos serviços, do início e término da jornada cumprida. (TRT 3ª R.; ROT 0010771-40.2019.5.03.0009; Quinta Turma; Rel. Des. Alexandre Wagner de Moraes; Julg. 13/05/2021; DEJTMG

14/05/2021; Pág. 948)

Importante destacar ainda que é necessário que se registre em carteira de trabalho e ficha de registro de empregado tal condição, sob pena de se invalidar e anular a aplicação do artigo 62, I da CLT. Ainda, deve se comprovar em juízo que há nítida incompatibilidade com o controle de jornada, sob pena de anulação e pagamento de eventuais horas extras, se comprovadas no processo.

4. 62, II da CLT – Cargo De Confiança

Já o artigo 62, II da CLT trata de situações um pouco mais complexas e, ao mesmo tempo, sofreu alterações significativas após a Reforma Trabalhista de 2017. Referido inciso prevê que não são abrangidos pelo regime de controle de jornada, 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.”

Neste caso, para que o empregado não registre sua jornada, é necessário que ele ocupe cargo significativo e que tenha, dentro das suas funções, nítido e claro poder de mando e de gestão, sob pena de afastamento da aplicação do artigo 62, II da CLT e pagamento de horas extras, se comprovadas.

Neste tópico, temos também a figura do hiperssuficiente, ou seja, daquele empregado com salário e remuneração acima da média, formação geralmente superior, com maior saber e condições de interpretar e entender a sua condição como “gerente”, não necessariamente com este título de cargo, mas com tarefas e atividades de gerência, de mando, de gestão, que possam admitir ou demitir, aplicar punições, enfim, que se diferenciem de um trabalhador comum já que possuem nítidos poderes

de gestão.

Para a aplicação do 62, II, é importante ainda que o empregado possa se confundir com a figura do seu empregador, ou seja, que detenha fidúcia e confiança muito maior do que os seus subordinados, inclusive que possua pessoa abaixo, subordinado, que ocupe dentro da hierarquia do seu empregador, um papel estratégico e relevante.

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. De acordo com o art. 62, II, da CLT, não são abrangidos pelo regime do capítulo atinente à duração do trabalho, os gerentes, assim considerados os ocupantes de cargo de gestão, aos quais se equiparam, para os fins do disposto naquele artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. São dois os requisitos para que o ocupante do cargo de gerência não tenha direito a horas extras, quais sejam: Exercício de cargo de gestão e a percepção de salário do cargo de confiança (incluindo a gratificação do cargo, se houver) superior a 40% do respectivo salário. No caso dos autos, tendo sido demonstrado que o reclamante, como gerente, detinha poderes de gestão, aplica-lhe a exceção do art. 62, II, CLT, sendo indevidas as horas extras.

(TRT 3ª R.; ROT 0010586-40.2017.5.03.0019; Quinta Turma; Rel. Des. Alexandre Wagner de Moraes; Julg. 20/05/2021; DEJTMG 21/05/2021; Pág. 945)

A exceção neste caso existe, já que o empregado detentor da fidúcia exigida pela previsão legal não tem horários certos e definidos, eis que participa por vezes de negociações, de reuniões, viagens, dentre tantas outras tarefas que alteram a sua jornada, os seus horários, podendo trabalhar a menos e mais, por isso a exceção legislativa.

É importante que, para configuração do artigo 62 da CLT, em qualquer um dos seus incisos, sejam preenchidos os requisitos formais e materiais previstos na legislação, seja quanto ao cargo de gerência/gestão, seja quanto à remuneração superior, com evidente distinção, além de que o colaborador tenha efetiva impossibilidade de tal controle, para

que a exceção não se torne regra, e nem sirva somente para burlar direitos, como ao recebimento de horas extras.

5. 62, III da CLT – Teletrabalho

O inciso terceiro do artigo 62 trouxe consigo – após a Reforma Trabalhista de 2017 – a previsão do não controle de jornada para trabalhadores que atuem em teletrabalho, novidade e possibilidade trazida com a reforma. As alterações legislativas trouxeram inclusive um tópico próprio para falar sobre o tema, a partir do artigo 75-A da CLT, Capítulo II – A – Do Teletrabalho.

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a 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.

Segundo Geraldo Magela Melo, em seu artigo O teletrabalho na nova CLT, o inciso III garante que NÃO haverá obrigatoriedade de controle de jornada simplesmente se configurado e pactuado o regime de teletrabalho, não importando se há possibilidade de controle, se o empregado participa de reuniões, se possui computador, tablet ou Apps, se vai à sede da empresa etc.

O fato de eventualmente o empregado ir na empresa não afasta sua condição de teletrabalhador, pois o contato esporádico é salutar até para se evitar o isolamento total e estimular o convívio social entre colegas ou treinamento e, porventura, entrega de documentos pessoais ou profissionais. O que não pode acontecer é a exigência contínua de comparecimento ao ambiente de trabalho

que se equipare a um controle diário e fixo de forma camuflada. Havendo um simples agendamento para melhor organizar as atividades, não há descaracterização do regime de teletrabalho.iii

O regime de teletrabalho, desde que preencha os requisitos legais previstos em tópico próprio na CLT, afasta a obrigatoriedade de controle de horário e de pagamento de eventuais horas extras, já que, nesta modalidade, é possível que o colaborador trabalhe em casa, em espaços compartilhados, em cafeterias, dentre tantos outros lugares, com maior maleabilidade de horários.

6. Possibilidade de Controle de Jornada – Meios Telemáticos

Atualmente, diante do cenário tecnológico que vivemos e das inúmeras possibilidades de controle e acompanhamento dos empregados, seja por meio de aplicativos nos celulares, sites e controles online, rastreadores e GPS, reuniões online, dentre tantas outras, é quase impossível a recusa do empregador ao controle de jornada dos seus colaboradores.

Exceto nos casos, por exemplo, em que haja o teletrabalho puro e o gerente/colaborador se enquadre totalmente no que prevê o artigo 62, II da CLT, não é recomendável a aplicação do 62, já que os meios telemáticos servem e são instrumentos hábeis para fiscalização da jornada.

Assim, o é que a própria CLT, em seu artigo 6º, parágrafo único prevê:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o

realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Ou seja, sempre que houve a possibilidade de controle de jornada por qualquer meio, ideal é que o empregador o faça, a fim de evitar passivos e grandes prejuízos na Justiça do Trabalho, no caso de ações trabalhistas pleiteando horas extraordinárias, já que as condenações são comuns e corriqueiras:

RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAS. TRABALHADOR EXTERNO. Comprovado o controle, ainda que por meios telemáticos, das atividades desenvolvidas externamente pelo empregado, cabível o reconhecimento de jornada fixa de trabalho, devendo ser reputadas como extras àquelas laboradas além do limite constitucional e legal. (TRT 1ª R.; ROT 0101250-72.2019.5.01.0482; Décima Turma; Rel. Des. Flávio Ernesto Rodrigues Silva; Julg. 21/04/2021; DEJT 07/05/2021)

RECURSO ORDINÁRIO. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE. SUBMISSÃO À JORNADA DE TRABALHO E PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS EM CASO DE EXTRAPOLAÇÃO. A Constituição da República estabeleceu em seu artigo 7º, inciso XVI, que todos os trabalhadores têm direito à jornada de 8 horas, limitada a duração semanal a 44 horas semanais. Como direito fundamental se irradia para todo o ordenamento jurídico de modo a orientar a interpretação das regras que impedem a fruição da garantia. Assim, a regra excetiva prevista no artigo 62, I, da CLT, deve ser interpretada em conformidade com a Constituição, ou seja, só estarão excluídos do regime da duração da jornada os empregados cuja atividade e modo de prestação externa ao estabelecimento seja impossível de controlar o tempo de trabalho, ainda que se utilizando dos contemporâneos meios telemáticos e informatizados, reconhecidos no artigo 6º, parágrafo, da CLT). Não tendo a empresa se desincumbido do ônus de comprovar a impossibilidade de fiscalização do horário de

trabalho prestado fora do estabelecimento patronal, restam devidas as extraordinárias postuladas. A empresa não pode abster-se de fiscalizar a duração do trabalho com o desiderato de se eximir do pagamento da sobrejornada, omitindo-se em registrar o tempo de trabalho, ainda que de forma indireta, para posteriormente invocar a excludente legal e beneficiar-se da ausência dos registros previstos no artigo 74 da CLT. Recurso autoral conhecido e parcialmente provido. (TRT 1ª R.; ROT 0101196-27.2016.5.01.0025; Sétima Turma; Relª Desª Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; Julg. 07/04/2021; DEJT 13/04/2021)

Portanto, a recomendação é a de aplicação do artigo 62 da CLT somente quando houver perfeito ajuste do caso concreto à norma trabalhista, sendo possível e cabal a prova da impossibilidade de controle de jornada por qualquer meio, quando da aplicação do inciso I. Sendo comprovada a gestão do colaborador que se enquadre no inciso II, e completamente perfeito o ajuste do empregado em regime de teletrabalho com as previsões legais. Sob pena de se anular a aplicação do referido artigo, e ser o empregador condenado ao pagamento de horas extraordinárias, se comprovadas no curso daquele determinado processo.

7. Tribunais e a Jornada Externa – 62 da CLT

A fim de corroborar os posicionamentos anteriores, apontamos alguns julgados que confirmam a inaplicabilidade corriqueira do artigo 62 da CLT, sendo mantida sua aplicação somente para casos em que a realidade se ajusta perfeitamente à regra insculpida na legislação citada:

TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. ARTIGO 62, I, DA CLT. A exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT refere-se à atividade externa do trabalhador cujo horário de prestação de serviços seja incontrolável pelo empregador, porque sujeita à direção exclusiva do empregado ou porque materialmente impossível

o controle direto da jornada, pois a norma excepciona do regime geral de duração do trabalho estabelecido pela Consolidação apenas a “atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”. (TRT 3ª R.; ROT 0010596-11.2017.5.03.0011; Primeira Turma; Rel. Des. Emerson José Alves Lage; Julg. 20/05/2021; DEJTMG 21/05/2021; Pág. 720)

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DA JORNADA. Não se sustenta a tese empresária, de inserção da empregada na hipótese do art. 62, I da CLT, tendo em vista que as partes celebraram contrato prevendo fixação de horários e controle da jornada mediante sistema eletrônico, sem qualquer menção a trabalho desenvolvido externamente. (TRT 3ª R.; ROT 0010255-65.2020.5.03.0112; Nona Turma; Relª Desª Maria Stela Alvares da Silva Campos; Julg. 20/05/2021; DEJTMG 21/05/2021; Pág. 3423)

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. Para o enquadramento do empregado na exceção prevista no art. 62, II, da CLT é necessária a existência simultânea de dois elementos: O exercício efetivo de cargo de maior fidúcia, no qual os empregados exercem poderes de gestão, e o recebimento de contraprestação salarial mais elevada. ACÓRDÃO: O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da Sexta Turma, hoje realizada, analisou o presente processo e, à unanimidade, conheceu dos recursos; no mérito, sem divergência, negou provimento. César MACHADO-Desembargador Relator. Belo Horizonte/MG, 20 de maio de 2021. Maria BEATRIZ GOES DA Silva Processo Nº ROT-0010379-16.2019.5.03.0134 Relator César Pereira da Silva Machado Júnior RECORRENTE JOHNNY FERNANDES ADVOGADO Jorge Henrique Vieira SANT ANA(OAB: 144621/MG) RECORRENTE BIMBO DO Brasil Ltda ADVOGADO ARTHUR CASTILHO GIL(OAB: 362488/SP) ADVOGADO FABIO Jorge FRANCA MOREIRA(OAB: 182001/RJ) RECORRIDO JOHNNY FERNANDES ADVOGADO Jorge Henrique Vieira SANT ANA(OAB: 144621/MG) RECORRIDO BIMBO DO Brasil Ltda ADVOGADO ARTHUR CASTILHO GIL(OAB: 362488/SP) ADVOGADO FABIO Jorge FRANCA MOREIRA(OAB: 182001/RJ) Intimado(s) /Citado(s):. BIMBO DO Brasil Ltda PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO EMENTA: HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. Para o enquadramento do empregado na exceção prevista no art. 62, II, da CLT é necessária a existência simultânea de dois elementos: O exercício efetivo de cargo de maior

fidúcia, no qual os empregados exercem poderes de gestão, e o recebimento de contraprestação salarial mais elevada. ACÓRDÃO: O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da Sexta Turma, hoje realizada, analisou o presente processo e, à unanimidade, conheceu dos recursos; no mérito, sem divergência, negou provimento. César MACHADO-Desembargador Relator. Belo Horizonte/MG, 20 de maio de 2021. Maria BEATRIZ GOES DA Silva (TRT 3ª R.; ROT 0010379-16.2019.5.03.0134; Sexta Turma; Rel. Des. César Pereira da Silva Machado Júnior; Julg. 20/05/2021; DEJTMG 21/05/2021; Pág. 1120)

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO CARGO DE CONFIANÇA. Em que pese a designação da função do reclamante como sendo de confiança, a prova oral produzida nos autos revelou que o empregado não possuía autonomia ou poder de comando no exercício de suas atribuições, já que para contratar, por si só, empregados, bem como tomar decisões, no âmbito da loja, era necessário se reportar ao gerente da reclamada. Assim, o argumento de que o reclamante exerce o cargo de chefe de departamento não comprova o poder de mando previsto no art. 62, inciso II, da CLT, capaz de fazer excluir o direito à percepção de horas extras. (TRT 13ª R.; ROT 0000744-36.2017.5.13.0026; Primeira Turma; Relª Desª Margarida Alves de Araújo Silva; DEJTPB 20/05/2021; Pág. 60)

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. De acordo com o art. 62, II, da CLT, não são abrangidos pelo regime do capítulo atinente à duração do trabalho, os gerentes, assim considerados os ocupantes de cargo de gestão, aos quais se equiparam, para os fins do disposto naquele artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. São dois os requisitos para que o ocupante do cargo de gerência não tenha direito a horas extras, quais sejam: Exercício de cargo de gestão e a percepção de salário do cargo de confiança (incluindo a gratificação do cargo, se houver) superior a 40% do respectivo salário. No caso dos autos, tendo sido demonstrado que o reclamante, como gerente, detinha poderes de gestão, aplica-lhe a exceção do art. 62, II, CLT, sendo indevidas as horas extras. (TRT 3ª R.; ROT 0010586-40.2017.5.03.0019; Quinta Turma; Rel. Des. Alexandre Wagner de Moraes; Julg. 20/05/2021; DEJTMG 21/05/2021; Pág. 945)

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. Demonstrado pelo teor da prova produzida que a reclamante detinha poderes com grau de relevância necessário para enquadrá-la nas disposições do art. 62, II, da CLT e que, com a sua promoção, percebeu incremento salarial superior a 40%, deve ser mantida a sentença que, verificando o exercício de cargo de confiança, nos termos legais, julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras, intervalo intrajornada e reflexos. Recurso da reclamante não provido. (TRT 18ª R.; ROT 0011135-41.2020.5.18.0241; Segunda Turma; Rel. Des. Platon Teixeira de Azevedo Filho; Julg. 20/05/2021; DJEGO 21/05/2021; Pág. 222)

TRABALHO EXTERNO. TELETRABALHO OU HOME OFFICE. CONTRATO DE TRABALHO ENCERRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.13467/17. O trabalho externo capaz de excluir o empregado das garantias inerentes à limitação da jornada constitui situação excepcional, a qual apenas se caracteriza quando evidenciada a efetiva incompatibilidade entre as tarefas realizadas e a fiscalização e controle da jornada. Ou seja, sendo possível o controle de horário, ainda que de modo indireto, não há como se enquadrar o empregado na exceção do art. 62, I, CLT. A disposição expressa no art. 74, §2º, CLT, constitui norma cogente, não se admitindo, no particular, o não controle da jornada por opção do empregador. Na hipótese, embora o autor tenha admitido o trabalho em sua residência, restou evidenciada a possibilidade de adoção de sistema de fiscalização de jornada do empregado. Por decorrência, não há como se enquadrar o reclamante na exceção do art. 62, I, CLT, ressaltando que o contrato de trabalho encerrou-se antes da vigência da Lei n.13467/17, que introduziu o inciso III, no art. 62, excepcionando os empregados sujeitos a teletrabalho das normas de limitação de jornada. (TRT 2ª R.; ROT 1001332-06.2018.5.02.0088; Décima Primeira Turma; Relª Desª Wilma Gomes da Silva Hernandes; DEJTSP 09/09/2019; Pág. 20889)

TRABALHO EXTERNO. TELETRABALHO. ATIVIDADE INCOMPATÍVEL COM A FIXAÇÃO DE HORÁRIOS DE TRABALHO. Demonstrado que o reclamante exercia atividade em teletrabalho, possuindo autonomia e liberdade para gerir os seus horários de trabalho, não sendo possível que a reclamada fixasse horários e os controlasse. Aplicação do art. 62, I, da CLT. (TRT 4ª R.; ROT 0001186-45.2012.5.04.0020; Segunda Turma; Relª Desª Tânia Regina Silva Reckziegel; DEJTRS 25/10/2019; Pág. 382)

Ou seja, para que se cogite a possibilidade de aplicação de qualquer um dos incisos do artigo 62 da CLT, é necessário que o empregador esteja seguro dos riscos e do seu ônus probatório no caso de eventual ação trabalhista, que suscite a nulidade de tais regimes.

8. Conclusão

Podemos concluir que a aplicação do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, de forma pura e correta, deve ser a exceção já que, no ano de 2021, é quase impossível a falta de controle de jornada por qualquer meio. A tecnologia da qual dispomos atualmente é significativa e ampla, sendo de extrema dificuldade a comprovação da “impossibilidade de controle” exigida pela jurisprudência atual.

Exceto nos casos de enquadramento perfeito às condições de teletrabalho, a aplicação do artigo 62 da CLT, deve ser cautelosa, já que o enquadramento nos incisos I e II, trabalho externo e cargo de confiança, deve ser certa e sem qualquer possibilidade de dúvidas ou questionamentos, sob pena de desconfiguração e pagamento de horas extras, se comprovadas em ação específica.

Não havendo a prova robusta dos enquadramentos nas previsões legais, recomenda-se que o empregador controle e registre a jornada dos seus empregados, ainda que externos, já que hoje a tecnologia permite e possibilita tal controle, a fim de que se demonstre a efetiva realidade de trabalho de cada um de seus colaboradores, exceto nos casos de teletrabalho, onde a previsão legal é direta e excepciona referido registro.

Portanto, em caso de dúvida, não deve o empregador optar por não controlar, sob pena de “pagar” caro por tal opção, já que os Tribunais e o próprio judiciário vem trabalhando para reduzir ao máximo o não controle, diante de todas as condições e evoluções tecnológicas que

nos são ofertadas nos dias atuais.

****A Autora é advogada no escritório Salamacha, Batista, Abagge & Calixto. Atuante na esfera trabalhista desde o ano de 2011, Pós-Graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa em Direito Processual e Material do Trabalho.***

i Referências Bibliográficas:

Disponível em:

<https://origemdapalavra.com.br/palavras/jornada/#:~:text=Claro%20que%20essa%20palavra%20vem,de%20ire%2C%20E2%80%9C%20E2%80%9D.&text=%E2%80%93%20Vem%20do%20Franc%20C3%AA%20C3%A9e%2C%20E2%80%9C,de%20dies%2C%20E2%80%9Cdia%20E2%80%9D>. Acessado em 22/05/2021. Origem da Palavra – dicionário.

ii TONI, Wladimir Pereira, O controle da jornada de trabalho e as suas exceções. Disponível em: <https://wptoni.jusbrasil.com.br/artigos/224138721/o-controle-da-jornada-de-trabalho-e-as-suas-excecoes>. Acessado em 23/05/2021.

iii MELO, Geraldo Magela, O teletrabalho na nova CLT, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/263029/o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acessado em 23/05/2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: secção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

BRASIL, Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. DILMA ROUSSEFF, José Eduardo Cardozo, Jaques Wagner, Joaquim Vieira Ferreira Levy, Luís Inácio Lucena Adams, publicado no DOU de 17.3.2015.

DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de Direito do Trabalho – Obra Revista e Atualizada 19ª edição, Editora LTR.

MARTINS, Sergio Pinto; Manual de Direito do Trabalho, 13ª Edição, 2020, Editora Saraiva.