



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

A C Ó R D ã O
(5ª Turma)
GMDAR/cgs/JFS

RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CARGO DE GESTÃO. ARTIGO 62, II, DA CLT. Caso em que a Corte de origem manteve a condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras, ao fundamento de que o Reclamante não se enquadra na exceção do art. 62, II, da CLT. Consignou de que o Autor não percebia gratificação de função (artigo 62, parágrafo único, da CLT); não possuía poder de mando diferenciado; não podia admitir ou demitir funcionários; recebia ordens diretas de seu superior hierárquico e possuía uma jornada perfeitamente passível de controle. Assim, ainda que não tenha havido pronunciamento expresse do Regional quanto à existência de subordinados, é certo que diante do quadro fático delineado pelo Regional, essa premissa, por si só, não é suficiente para se alcançar a conclusão de que o Autor exercia cargo de gestão, nos moldes do art. 62, II da CLT. O fato de o órgão julgador não corroborar as conclusões da parte acerca do debate proposto não implica omissão ou negativa de prestação jurisdicional. Incólumes, pois, os artigos 93, IX, da CF, 458 do CPC/73 e 832 da CLT. **Recurso de revista não conhecido. 2. CARGO DE GESTÃO. ARTIGO 62, II, DA CLT. HORAS EXTRAS. SÚMULA 126/TST.** Para a configuração do exercício de função de confiança de que trata o artigo 62, II, da CLT é necessária a demonstração de que o empregado dispõe de amplos poderes de mando, gestão, fiscalização, representação e supervisão, aptos a configurar a fidúcia especial. No caso, o Tribunal Regional, soberano no exame do acervo fático-probatório,



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

considerou não caracterizado o exercício de cargo de confiança previsto no artigo 62, II, da CLT. Registrou que o Autor não percebia gratificação de função; não possuía poder de mando diferenciado; não podia admitir ou demitir funcionários; recebia ordens do seu superior hierárquico por telefone, fax e e-mail; precisava de autorização para folgar e possuía uma jornada passível de controle. Concluiu que restou *"demonstrado pela prova oral produzida que no cargo exercido o reclamante atuava em conjunto, com limites à liberdade de atuação e sem qualquer autonomia(...)"*. Nesse contexto, para se alcançar conclusão diversa, no sentido de que o Reclamante ocupava cargo dotado de amplos poderes de mando e gestão, apto a enquadrá-lo no artigo 62, II, da CLT, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, expediente vedado nesta instância extraordinária, ante o óbice da Súmula 126/TST, o que inviabiliza a análise das apontadas violações de dispositivos da Constituição Federal e de lei. Recurso de revista não conhecido. **3. HORAS DE SOBREAVISO. SÚMULA 126/TST.** O Tribunal Regional consignou que o uso de celular, por si só, não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso, sendo necessário que se comprove que a utilização do aparelho restringiu a liberdade de locomoção do empregado. Registrou que, no presente caso, a *"prova testemunhal confirmou que o autor era acionado à noite, nos finais de semana e feriados para dar manutenção nas viaturas, que funcionam 24 horas"*. Diante das premissas fáticas delineadas no acórdão regional, para se alcançar a conclusão de que o empregado não faz jus às horas de sobreaviso, seria necessário revolver fatos e provas, o

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1003CF123006C8FAB6.



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

que não é possível ante o óbice de que trata a Súmula 126/TST. **Recurso de revista não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099**, em que é Recorrente **JSL S.A.** e Recorrido **MURILO PIMENTEL MENDES**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do acórdão às fls. 606/610, complementado às fls. 629/630, negou provimento ao recurso ordinário da Reclamada.

A Reclamada interpôs recurso de revista às fls. 634/653, com amparo no artigo 896, "a" e "c", da CLT, admitido por meio da decisão às fls. 667/670.

O Reclamante apresentou contrarrazões às fls. 673/678.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

Recurso de revista regido pela Lei 13.015/2014.
É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, tempestividade (fls. 631 e 634), representação (fl. 665) e preparo (fl. 654), passo à análise dos pressupostos intrínsecos.

1.1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao analisar os embargos de declaração opostos pela Reclamada, decidiu mediante os seguintes fundamentos:



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

(...)

JUÍZO DE MÉRITO

EMBARGOS DO RECLAMADO

O reclamado opõe embargos de declaração em face do v. Aresto de fls. 540/542, apontando omissão/contradição. Afirma, para tanto, que não houve análise da prova documental produzida em relação à existência de subordinados e quanto ao fato de o reclamante ser o único responsável da loja. Em consequência, insurge-se quanto às horas extras deferidas.

Examino.

Nos termos do artigo 535 do CPC, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho, cabem embargos de declaração quando houver obscuridade ou contradição na decisão, ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria se pronunciar o juízo. Dispõe ainda o art. 897-A da CLT, que cabem embargos de declaração, sendo admitido o efeito modificativo do julgado, na hipótese de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

E, in casu, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.

Com efeito, entendeu esta Eg. Turma que o reclamante recebia ordens diretas do seu superior hierárquico por telefone, inclusive à noite e nos feriados, fax e emails (fl. 541).

Quanto à prestação de horas extras, a testemunha Márcio deixou claro que o autor laborava em regime de sobrejornada (fl. 510-v), como ficou consignado no v. acórdão (fl. 541).

Não há, pois, qualquer omissão ou contradição no julgado e, por conseguinte, nego provimento aos presentes embargos de declaração.(...). (fls. 629/630)

A Reclamada sustenta que o TRT, mesmo instado a se manifestar por meio dos embargos de declaração opostos, manteve-se silente acerca de aspectos importantes para o enquadramento do Autor no cargo de gestão.

Aduz que não houve pronunciamento quanto ao fato de que o Autor, em depoimento pessoal, admitiu possuir subordinados.



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

Indica omissão, também, em relação ao fato de que não restou comprovada a extrapolação da jornada de 44 horas semanais e 8 diárias, ônus que cabia ao empregado e do qual ele não se desincumbiu.

Aponta ofensas aos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458, do CPC/73.

À análise.

Inicialmente, ressalto que o Agravante, nas razões do recurso de revista, atendeu devidamente às exigências processuais contidas no art. 896, § 1º-A, IV, da CLT. Afinal, transcreveu, no recurso de revista, o teor dos embargos de declaração opostos, bem como o teor do acórdão proferido pelo Regional no julgamento dos mesmos.

Feito esse registro, anoto que embora o exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito seja incompatível com posturas arbitrárias (Constituição Federal, artigo 93, IX), o sistema brasileiro consagra o postulado da persuasão racional, que impõe ao julgador o dever de expor as razões que fundamentam as conclusões alcançadas (CLT, artigo 832 c/c o artigo 458, II, do CPC).

No caso, não há falar em omissão, quanto à prestação de horas extras, porquanto o Regional consignou de forma clara e inequívoca que a *"testemunha Márcio deixou claro que o autor laborava em regime de sobrejornada (fl. 510-v), como ficou consignado no v. acórdão."* (629)

Quanto ao fato de o Reclamante possuir subordinados, ainda que não tenha pronunciamento expresso do Regional nesse sentido, verifico que a Corte de origem, com base nas provas dos autos, concluiu haver elementos suficientes para o Autor não se enquadrar na exceção do art. 62, II, da CLT.

Consignou que *"o autor não percebia gratificação de função e não exercia encargo de gestão, já que não se evidenciou que tivesse poder de mando diferenciado, com ampla liberdade de ação decorrente da confiança pessoal do empregador."* (fl. 607).

Esclareceu, ainda, que *"reclamante recebia ordens diretas do seu superior hierárquico por telefone, inclusive à noite e nos feriados, fax e emails"* (fl. 629).



PROCESSO Nº TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

Registrou que "ele não podia sequer admitir ou dispensar empregados", bem como que "se precisasse folgar, deveria pedir autorização também de Belo Horizonte." (fl. 607).

Por fim, consta do acórdão regional que *"embora o autor não tivesse cartão de ponto, sua jornada era perfeitamente passível de controle (...)" (fl. 608).*

Diante das premissas fáticas delineadas no acórdão regional, ainda que fosse constatada a existência de subordinados, não seria suficiente para enquadrar o Autor na exceção do artigo 62 da CLT.

Dessa forma, motivada e fundamentada a decisão, não há nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

O fato de o órgão julgador não corroborar as conclusões da parte acerca do debate proposto não implica omissão ou negativa de prestação jurisdicional.

Incólumes, pois, os artigos 93, IX, da CF, 458 do CPC/73 e 832 da CLT.

NÃO CONHEÇO.

1.2. CARGO DE GESTÃO. ENQUADRAMENTO. HORAS EXTRAS.

O TRT da 3ª Região assim decidiu:

(...)

JUÍZO DE MÉRITO

DAS HORAS EXTRAS E REFLEXOS

A reclamada não se conforma com a decisão que deferiu as horas extras ao autor, sob o argumento de que exercia encargo de gestão (artigo 62, 1, da CLT) e, caso mantida a decisão, que reduza o horário de término da jornada fixada de 19 para 18 horas.

Examino.

No aspecto, **embora se entenda que o autor gozasse de certa autonomia no desempenho de suas funções (supervisor de serviços), ele não exercia o cargo de confiança a que alude o art. 62, I, da CLT.**

Para se configurar o cargo de confiança como fator exceptivo do direito a horas extras não basta a simples designação ou nomenclatura do



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

cargo efetivamente ocupado, sendo necessária a demonstração inequívoca do exercício de encargos de gestão, que consistam na representação do empregador em vários setores e serviços da empresa ou em ramo relevante de sua atividade, com poder de mando e liberdade de decisão, de modo a influenciar os destinos desta unidade econômica de produção, constituindo uma difusa descentralização de poderes decisórios e de mando do empregador, além da percepção da gratificação de função.

***In casu*, o autor não percebia gratificação de função** e não exercia encargo de gestão, já que não se evidenciou que ele tivesse poder de mando diferenciado, com ampla liberdade de ação decorrente da confiança pessoal do empregador. A liberdade do autor limitava-se à execução e cumprimento de normas, em parâmetros previamente estabelecidos pelo controlador da frota (Sr. Miquéias) e pelo gerente regional, que ficava na matriz (Belo Horizonte).

Ademais, a prova oral evidenciou que ele não tinha subordinados e que ele não podia sequer admitir e dispensar empregados. Ficou comprovado que o autor recebia ordens do seu superior hierárquico por telefone, fax e-mails de Belo Horizonte.

Além disso, se precisasse folgar, deveria pedir autorização também de Belo Horizonte (fl. 510-verso).

Como se sabe, o que caracteriza a excludente de aplicação do capítulo da CLT pertinente à duração do trabalho (art. 62, I, da CLT) é o fato de a natureza do trabalho desempenhado pelo empregado impossibilitar a aferição da jornada pelo empregador. Assim, se, embora o autor não tivesse cartão de ponto, sua jornada era perfeitamente passível de controle, através da portaria da empresa, não pode a regra excepcional ser aplicada favoravelmente ao empregador.

Assim, demonstrado pela prova oral produzida que no cargo exercido o reclamante atuava em conjunto, com limites à liberdade de atuação e sem qualquer autonomia, impõe-se que sejam deferidas, como extras, as horas laboradas, como pleiteado.

Quanto ao horário do término da jornada fixada na origem, não prospera a insurgência do réu, pois a testemunha Márcio declarou que ia embora às 18 horas e o reclamante continuava lá (fl. 510-verso).

Portanto, nada há a se mudar na sentença.



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

(...). (fls. 607/608)

A Reclamada sustenta que o Reclamante tinha poderes de mando e de gestão, razão por que não faz jus às horas extras postuladas.

Alega que o Reclamante confessou que possuía subordinados e que tinha livre acesso à loja.

Afirma que o empregado percebia remuneração superior à dos demais colegas, sendo "desnecessário o recebimento da gratificação de função na base de 40%" (fl. 645).

Sucessivamente, aduz que não há horas extras a serem pagas, porquanto o Reclamante não ultrapassava às 44 horas de labor semanal.

Indica ofensa aos artigos 5º, II e XXXVI da Constituição Federal, 62, I, II e 818 da CLT e 333, I e 348 do CPC, bem como contrariedade à Súmula 85/TST. Transcreve aresto.

À análise.

Discute-se no presente caso o enquadramento do Autor na exceção de que trata o artigo 62, II, da CLT.

É certo que a CLT estabelece que dois tipos de empregados, pela natureza da função que exercem, não se submeterão a controle de jornada e, por conseguinte, ao recebimento de horas extras.

São eles: o trabalhador em atividade externa incompatível com a fixação de horário; e os exercentes de cargos de gestão.

Quanto aos exercentes de cargos de gestão, o artigo 62, II, da CLT exige, para a sua caracterização, a demonstração de que o empregado dispõe de amplos poderes de mando, gestão, fiscalização, representação e supervisão, aptos a configurar a fidúcia especial.

Ademais, estes empregados devem ter remuneração diferenciada, com acréscimo de, pelo menos, 40% em relação ao cargo efetivo (parágrafo único do art. 62 da CLT).

No caso, a Corte de origem, soberana na análise da prova, entendeu que o Reclamante não detinha os poderes de mando e gestão necessários para o enquadramento na exceção prevista no inciso II, art. 62, da CLT.



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

Como já registrado em tópico anterior, consta do acórdão regional as seguintes premissas: o autor não percebia gratificação de função; não possuía poder de mando diferenciado, com ampla liberdade de ação decorrente da confiança pessoal do empregador; recebia ordens diretas do seu superior hierárquico por telefone, inclusive à noite e nos feriados, fax e e-mails; não podia sequer admitir ou dispensar empregados; dependia de autorização para folgar e tinha jornada de trabalho perfeitamente passível de controle.

Nesse cenário, diante das premissas fáticas delineadas no acórdão regional, somente com o revolvimento dos fatos e das provas, expediente vedado pela Súmula 126/TST, é que se poderia chegar à conclusão pretendida pela Reclamada, no sentido de que o Reclamante ocupava cargo de confiança enquadrado no art. 62, II, da CLT.

Verifico que o único aresto transcrito é inespecífico para demonstrar o dissenso de teses, nos termos da Súmula 296/TST, pois enquanto o Regional consignou que o Autor não percebia a gratificação de função, no acórdão paradigma restou assentado que para a configuração do cargo de gestão é necessário a percepção da gratificação de função, não inferior a 40% do salário efetivo.

No que diz respeito às horas extras, o Tribunal de origem decidiu com amparo na prova testemunhal, o que afasta a alegação de violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO**.

1.3. HORAS DE SOBREAVISO.

O TRT da 3ª Região decidiu com amparo nas seguintes razões:

(...)

A d. Magistrada a *quo* deferiu o pedido de sobreaviso formulado pelo autor, por entender que ficou comprovado que permanecia à disposição da empresa fora do horário de trabalho para prestar serviços, através de telefone celular ou até mesmo de forma direta.



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

Não se conforma o réu. Alega que exercia função de confiança incompatível com o recebimento de horas de sobreaviso

Pois bem.

Primeiro, ficou demonstrado que o reclamante não desempenhava efetivo cargo de gestão, conforme já explicitado.

Quanto à possibilidade do autor receber horas de sobreaviso, o Col. TST firmou entendimento consubstanciado na Súmula 428 no sentido de que:

“SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT”.

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatiza dos fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso”.

Como se vê, o entendimento dominante é no sentido de que o uso do telefone celular após o horário de trabalho, por si só, não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso, sendo necessário que se comprove que a utilização do referido aparelho restringia a liberdade de locomoção do empregado.

Em outras palavras, imprescindível que haja determinação expressa da empresa para que o obreiro permaneça à sua disposição, mesmo que por meio telemático, em horário de descanso.

E, no caso vertente, a prova testemunhal confirmou que o autor era acionado à noite, nos finais de semana e feriados para dar manutenção nas viaturas, que funcionam 24 horas (fl. 510-verso).

Ora, a própria testemunha Sr. Miquéias informou que, na condição de controlador da frota, ao receber ligações dos motoristas no caso de problemas nas viaturas, acionava o reclamante (fl. 510-verso).

Sendo assim, são devidas ao autor, as horas de sobreaviso, como definido na origem.

Destaca-se que esta Egrégia Turma decidiu desta forma, em julgamento recente, da Relatoria do E. Des. Emerson Alves Lage. O voto foi objeto de divulgação no sítio eletrônico deste Tribunal, com o seguinte título:



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

"Um novo olhar sobre o regime de sobreaviso na era digital", veiculada a notícia em 23.03.2015 (PJE: 0010099-94.2014.5.03.0142-RO)(...). (fls. 608/610)

A Reclamada sustenta que o uso de telefone celular, por si só, não caracteriza jornada de sobreaviso.

Disse que eventualmente o empregado era acionado via celular, pois primeiro ligava-se para o telefone 0800.

Aduz que tanto não era verdade que o Autor ficava à disposição da empresa, que nos casos em que havia problema na viatura, a empresa fornecia carro reserva.

Aponta ofensa aos artigos 5º, II e XXXVI da Constituição Federal, 244, § 2º, da CLT, bem como contrariedade à Súmula 428, I e II, do TST.

À análise.

O Tribunal Regional decidiu a matéria mediante os seguintes fundamentos:

(...)Pois bem.

Primeiro, ficou demonstrado que o reclamante não desempenhava efetivo cargo de gestão, conforme já explicitado.

Quanto à possibilidade do autor receber horas de sobreaviso, o Col. TST firmou entendimento consubstanciado na Súmula 428 no sentido de que:

"SOBREA VISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT".

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso

Como se vê, o entendimento dominante é no sentido de que o uso do telefone celular após o horário de trabalho, por si só, não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso, sendo necessário que se



PROCESSO N° TST-RR-1631-76.2014.5.03.0099

comprove que a utilização do referido aparelho restringia a liberdade de locomoção do empregado.

Em outras palavras, imprescindível que haja determinação expressa da empresa para que o obreiro permaneça à sua disposição, mesmo que por meio telemático, em horário de descanso.

E, no caso vertente, a prova testemunhal confirmou que o autor era acionado à noite, nos finais de semana e feriados para dar manutenção nas viaturas, que funcionam 24 horas (fi. 510-verso). Ora, a própria testemunha Sr. Miquéias informou que, na condição de controlador da frota, ao receber ligações dos motoristas no caso de problemas nas viaturas, acionava o reclamante (fi. 510-verso).

Sendo assim, são devidas ao autor, as horas de sobreaviso, como definido na origem. (...). (fls. 609/610)

A leitura do acórdão regional revela que o Tribunal de origem, com amparo na prova testemunhal, concluiu que o empregado trabalhava em regime de sobreaviso.

Nesse sentido, para se alcançar a conclusão pretendida pela parte, no sentido de que o Autor não faz jus às horas de sobreaviso, seria necessário revisitar o acervo probatório, expediente vedado nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula 126/TST, o que afasta as violações de lei e da Constituição indicadas.

NÃO CONHEÇO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 12 de agosto de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES

Ministro Relator