



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0000384-09.2019.5.06.0000

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 03/06/2019

Valor da causa: R\$ 45.000,00

Partes:

REQUERENTE: PAQUETA CALCADOS LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL

ADVOGADO: WVENDEL SENA OLIVEIRA

REQUERIDO: JORGE IVALDO LIMA DA SILVA

ADVOGADO: SORAYA MENDES RIBEIRO

REQUERIDO: PRATICARD ADMINISTRADORA DE CARTOES DE CREDITO LTDA.

ADVOGADO: WVENDEL SENA OLIVEIRA

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO



IncResDemRept 0000384-09.2019.5.06.0000

ÓRGÃO JULGADOR : TRIBUNAL PLENO

RELATOR : DES. RUY SALATHIEL DE A. M. VENTURA

REQUERENTE (S) : **PAQUETÁ CALCADOS LTDA**

REQUERIDO (S) : **JORGE IVALDO LIMA DA SILVA; PRATICARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA**

ADVOGADO (S) : **WVENDEL SENA OLIVEIRA; SORAYA MENDES RIBEIRO; WVENDEL SENA OLIVEIRA**

PROCEDÊNCIA : TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO

EMENTA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PODER DE MANDO E GESTÃO - ART. 62, II, DA CLT. MATÉRIA PREDOMINANTEMENTE FÁTICA. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE INOBSERVADOS. O artigo 104-C do Regimento Interno deste Tribunal - que reproduz o artigo 976 do novo CPC - tem a seguinte redação: "*O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é cabível quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que versem sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*". Vê-se, portanto, que o normativo exige a repetição de processos que contenha controvérsia sobre questão unicamente de direito. E questão unicamente de direito (ou predominantemente de direito, como defende a doutrina e a jurisprudência predominante) é aquela que qualifica um fato, mas com ele não se confunde, porque não depende de provas. Exige referido normativo, ainda, que haja risco de ofensa a dois princípios de grande envergadura no ordenamento jurídico pátrio, a saber: Isonomia e Segurança Jurídica. Sob essa perspectiva, significa dizer que, se o enquadramento do empregado no artigo 62, II, da CLT, depende de exame do conjunto fático-probatório (e no processo piloto, depende), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não tem cabimento. Não se pode alcançar uma decisão paradigma, com conteúdo de norma geral e abstrata, capaz de dirimir de forma harmônica, controvérsias pautadas em questões predominantemente fáticas, sob pena de se constituir precedente (decisão modelo) sem qualquer utilidade, ou pior, incorrer no risco de constituí-lo tratando de forma igual, situações juridicamente desiguais. Desatendidos os requisitos legais, a inadmissibilidade do processamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) se impõe.

RELATÓRIO

Vistos etc.



Assinado eletronicamente por: RUY SALATHIEL DE ALBUQUERQUE E MELLO VENTURA - 29/08/2019 09:58:18 - cca707c

<https://pje.trt6.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19061113110950500000013196484>

Número do processo: 0000384-09.2019.5.06.0000

Número do documento: 19061113110950500000013196484

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) requerido por **PAQUETÁ CALCADOS LTDA**, com fulcro no artigo 977, II do NCPC c/c 104, §1º e 104-D, §1º, do Regimento Interno deste E. Regional, para fixação de tese jurídica sobre o tema "**PODER DE MANDO E GESTÃO - ART. 62, II, DA CLT**", indicando como processo originário (piloto) a Reclamação Trabalhista n. 0000578-50.2017.5.06.0009, ajuizada por **JORGE IVALDO LIMA DA SILVA** contra a empresa requerente e a **PRATICARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA**, na qual pende de julgamento recursos ordinários.

A alegação é de que a matéria veiculada no recurso ordinário que interpôs no processo originário (piloto) vem gerando decisões conflitantes entre as Turmas deste E. Regional. Diz que em acórdão proferido pela Primeira Turma, de relatoria do Desembargador Eduardo Pugliesi (processo n. 0001373-72.2016.5.06.0015), restou decidido que o enquadramento no artigo 62, II, da CLT, tem espaço quando se constata que o gerente é "*responsável pela direção da loja, sem a exigência necessária de poderes para admitir ou demitir*" empregados;

Que em acórdão proferido pela Segunda Turma, de relatoria da Desembargadora Eneida Melo (processo n. 0000044-19.2016.5.06.0017), restou decidido que o enquadramento no artigo 62, II, da CLT, tem espaço quando se constata que o gerente "*é responsável pela direção da loja, liberação de senha, trocas e descontos, sem a exigência necessária de poderes para admitir ou demitir*" empregados;

Que em acórdão proferido pela Terceira Turma, de minha relatoria (processo n. 0000742-43.2016.5.06.0011), restou decidido que o enquadramento no artigo 62, II, da CLT, tem espaço quando se constata que o gerente "*é responsável pela direção da loja, sem a exigência necessária de poderes para admitir ou demitir*" empregados, ressaltando, ainda, que "*não se necessita que o mesmo tenha que possuir poderes irrestritos e exclusivos, mas apenas uma parcela destes*";

E que, não obstante os entendimentos externados pelas 1ª, 2ª e 3ª Turmas no sentido de que "*o enquadramento na forma do art. 62, II, da CLT, não se identifica a exigência de poderes irrestritos e exclusivos para admitir ou demitir empregados, em sentido contrário vem se posicionando a 4ª Turma*", considerando que em acórdão de relatoria da Desembargadora Nise Pedroso (processo n. 0000330-21.2016.5.06.0009) se ressaltou que o enquadramento no artigo 62, II, da CLT, tem como condição "*sine qua non*" a exigência de "*poderes para admitir e/ou demitir empregados*".

Diz, ainda, "*que, o exercício de cargo de gerência nos moldes previstos no artigo 62, II, da CLT, pressupõe o desempenho de cargo de gestão, caracterizando-se ainda por uma especial fidúcia depositada no empregado, que detém autonomia em decisões relevantes da atividade empresarial, possui padrão salarial diferenciado, bem como detém uma gama de tarefas que possuem*



relevância e importância estratégica do cargo ocupado dentro da organização empresarial. Assim, não se exige que o mesmo usufrua de poderes irrestritos".

Pede vênua ao Desembargador Fábio Farias para transcrever fragmentos de decisão de sua relatoria, proferida nos autos do processo n. 0000294-82.2016.5.06.0007, com o propósito de demonstrar "*a não exigência dos poderes irrestritos ao empregado para o devido enquadramento no art. 62, II, da CLT*".

Requer, portanto, a atuação deste E. Tribunal, para elucidar "*quais os requisitos devem ser exigidos para o devido enquadramento do obreiro na hipótese do art. 62, II, da CLT*", para que haja maior segurança jurídica, com a "*uniformização jurisprudencial, para os empregados e empregadores, bem como floresce o princípio da colegialidade*".

A petição do incidente, atravessada nos autos do processo originário (piloto), foi despachada pelo Desembargador Eduardo Pugliesi, que determinou o encaminhamento dos autos ao Presidente deste E. Tribunal para manifestação sobre o cabimento (ou não) da instauração da medida requerida (vide ID-e5097c1).

No Gabinete da Presidência foi proferido despacho pela Desembargadora Dione Nunes Furtado da Silva, que recebeu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e, com esteio no artigo 104-E, incisos I e II, do Regimento Interno deste E. Tribunal, determinou: (i) o sobrestamento do processo nº 0000578-50.2017.5.06.0009; (ii) a autuação do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; (iii) a distribuição ao Relator, nos termos do § 2º do artigo 104-E do Regimento Interno (vide ID-27c6441).

Na sessão do dia 1º de julho de 2019, resolveu o Tribunal Pleno, por unanimidade, retirar o processo da pauta de julgamento, ante o requerimento do *parquet* para emissão de opinativo (vide ID-a62ce38).

Notificado, o *parquet* deixou transcorrer o prazo *in albis* (vide ID- adc5838).

É o que importa relatar.

VOTO:

Juízo de admissibilidade



Considerando a aprovação pelo Tribunal Pleno, na sessão administrativa do dia 11 de dezembro de 2018, da Resolução Administrativa TRT nº 12/2018, que alterou o Regimento Interno deste E. Tribunal (publicada no DEJT de 19/12/2018; republicada no DEJT de 23/01/2019), e, cumprindo a dicção do artigo 104-F do referido Regimento, bem como do artigo 981 do NCPC, submeto à apreciação deste Órgão Plenário a admissibilidade do presente incidente.

Cuida-se de arguição de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), nos autos do processo do processo nº 0000578-50.2017.5.06.0009, no qual figuram como partes **JORGE IVALDO LIMA DA SILVA** (demandante); **PAQUETÁ CALCADOS**; e **PRATICARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA** (demandados); e pende de apreciação recursos ordinários.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi introduzido no ordenamento pátrio pela Lei 13.105/2015 (NCPC) e guarda compatibilidade com o Processo do Trabalho (artigo 8º da Instrução Normativa 39/2016 do C. TST). A regulamentação, no referido diploma, concentra-se no Capítulo VIII, artigo 976 *usque* 987. No Regimento Interno deste E. Regional, no Capítulo I - A, artigo 104-C *usque* 104-P.

No tocante aos pressupostos subjetivos, entendo cumpridos. O pedido de instauração do incidente pode ser formulado pelas partes, como aconteceu no presente caso (formulado com fulcro no artigo 104-D, II, do Regimento Interno deste E. Regional, que só pode ser interpretado em harmonia com seu *caput*; e com fulcro no artigo 977, II do NCPC, que só pode ser interpretado em harmonia com o artigo 976 do mesmo diploma). A petição foi atravessada nos autos do processo originário (piloto), tendo o Relator dos recursos interpostos, Desembargador Eduardo Pugliesi, determinado seu encaminhamento à Presidência deste E. Regional.

No tocante aos pressupostos objetivos, entendo que não. O artigo 104-C do Regimento Interno deste Tribunal - que reproduz o artigo 976 do novo CPC - tem a seguinte redação:

Art. 104-C. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é cabível quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que versem sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. (acrescentado pela Res. Adm. TRT - 12/2018, DEJT 19.12.2018. republicada no DEJT de 23.01.2019).

Vê-se, portanto, que o normativo em destaque exige a repetição de processos **que contenha controvérsia sobre questão unicamente de direito**. E questão unicamente de direito (ou predominantemente de direito, como defende a doutrina e a jurisprudência predominante) é



aquela que qualifica um fato, mas com ele não se confunde, porque não depende de provas. Exige referido normativo, ainda, que haja risco de ofensa a dois princípios de grande envergadura no ordenamento jurídico pátrio, a saber: Isonomia e Segurança Jurídica.

Sobre os requisitos de admissibilidade do IRDR, Ricardo Menezes da Silva, Defensor Público do Estado do Paraná, em artigo periódico - 07/2018 - publicado na Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho (Juslaboris), acessível em: <https://juslaboris.tst.jus.br>, afirma:

A análise dos requisitos de admissibilidade do IRDR encerra um juízo sobre a validade do procedimento.³³ A doutrina tem apontado que o IRDR terá cabimento quando presentes, **cumulativamente**, os seguintes requisitos: a) questão unicamente de direito; b) efetiva repetição em processos; c) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; d) processos pendentes de julgamento no tribunal; e) inexistência de recurso especial ou extraordinário repetitivo sobre a mesma questão. Ausentes quaisquer desses requisitos, restará inviabilizada a fixação da tese através do incidente.³⁴

A análise dos requisitos de admissibilidade é de importância fundamental para a compreensão dos limites e possibilidades que se pretende atribuir ao instituto sob o ponto de vista prático. Essa tarefa deve sempre ter em mente a busca pela gestão adequada das demandas repetitivas, com redução do tempo e do esforço despendido para julgamento dessas causas.

Passa-se, então, à análise individualizada de cada um deles.

3.1 Questão unicamente de direito.

Dispõe o artigo 976, I, do Código de Processo Civil, que será admissível o IRDR quando se tratar de "questão unicamente de direito". Disso não se pode concluir que haveria uma absoluta dissociação entre fato e direito, pois o fenômeno normativo é complexo e ocorre, efetivamente, quando da incidência da norma.³⁵

Por essa razão, Teresa Arruda Alvim Wambier considera como questão predominantemente fática a discussão que diz respeito à existência do evento ou ao modo como ocorreu, à luz do material probatório produzido. Por outro lado, se a discussão versar sobre a qualificação jurídica do fato ou suas consequências, se estará diante de questão predominantemente jurídica.^{36 37}

Percebe-se, portanto, que os fatos relativos ao caso concreto são sempre relevantes, inclusive para o enfrentamento das questões predominantemente de direito. Por isso, ao afirmar que o IRDR pode ser admitido tão somente em relação a questões de direito não se pretende sugerir, de modo algum, que os fatos concernentes ao caso repetitivo podem ser ignorados no procedimento de resolução do ponto controvertido.³⁸

Ao revés, quer-se apenas sublinhar que circunstâncias fáticas da causa devem ser consideradas *in statu assertionis* no julgamento do incidente, cujo resultado será aplicado aos casos pendentes e futuros na medida em que guardem correspondência com aquele que tiver sido objeto de afetação.³⁹

É preciso observar que o IRDR não é instrumento destinado à formação de precedentes, no sentido que tradicionalmente se atribui aos famosos *leading cases* norte-americanos.⁴⁰ Cuida-se, ao revés, de incidente processual destinado a viabilizar a resolução de determinada questão existente em causas idênticas.⁴¹ Justa mente por isso, os fatos devem ter a maior identidade possível, sob pena de se produzir efeito contrário ao pretendido - ou seja, dificultar, do ponto de vista argumentativo, a aplicação da decisão oriunda do IRDR.⁴² Lembre-se o que já foi dito neste trabalho a respeito de se cuidar o IRDR de instrumento destinado à gestão processual, sendo seu objetivo primordial a otimização dos recursos judiciais - inclusive o tempo necessário para a prolação da decisão -, só alcançada



quando aplicado o resultado do incidente a demandas idênticas. Justamente por essa razão deve ser absolutamente criteriosa a escolha do recurso, reexame necessário ou processo originário para instauração do incidente. É que, quanto mais representativo for da controvérsia sob exame, maior será a amplitude de sua aplicação. Ademais, repita-se que a identidade das causas reduz o ônus argumentativo do órgão jurisdicional, pois facilita a demonstração da relação de igualdade entre a demanda presente e a demanda paradigma. **Por isso entendemos que a função do IRDR se aproxima muito àquela já desempenhada pela Súmula Vinculante. Em ambos os institutos é absolutamente imprescindível atentar para os casos que serviram de base à extração da tese, sob pena de fornecer soluções idênticas a casos distintos, na contramão da finalidade do instituto.**⁴³

Exemplo bastante emblemático diz respeito à aplicação do Enunciado 5 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte: "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Perceba-se que, desvinculado dos fatos que resultaram na edição do verbete, seria plenamente possível, através da técnica da subsunção silogística, aplicá-lo aos casos de procedimento de apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais.⁴⁴ E isso efetivamente ocorreu, gerando imediata reação do STF no sentido de esclarecer a necessária vinculação entre os julgados e o enunciado da Súmula Vinculante⁴⁵ para definição de seu âmbito de incidência. Esse é, portanto, apenas um exemplo dos riscos da abstração para aplicação das teses oriundas destes precedentes vinculantes.⁴⁶

Aliás, é também por conta disso que não se pode considerar adequada a instauração do IRDR para tratar de questões repetitivas relativas a processos não repetitivos.⁴⁷ É que, como se percebeu do exemplo acima, se os fatos não são idênticos, amplia-se muito o debate a respeito da questão jurídica efetivamente envolvida, que pode não ser exatamente aquela debatida no processo paradigma. Isso, aliás, decorre da premissa já estabelecida acerca da impossibilidade de cisão absoluta entre as questões de fato e as questões de direito. Claro que em demandas não repetitivas é possível a existência de "extratos comuns de discussão",⁴⁸ que exijam idêntica solução pelo Poder Judiciário. Mas essa avaliação certamente exigirá do magistrado maior atenção e ônus argumentativo, ainda quando se tratem de questões meramente processuais. **Desse modo, os fundamentos utilizados para enfrentamento da questão em determinado processo exercerão impacto persuasivo para julgamentos posteriores, não se tratando, a nosso sentir, nem do objeto, nem da finalidade do IRDR.**⁴⁹

Pense-se, por exemplo, no julgado do STF acerca da necessidade de prévio requerimento administrativo para concessão de benefício previdenciário. Naquela oportunidade, decidiu o Pretório Excelso que a falta de postulação extrajudicial resultaria na "carência de ação", por falta de interesse de agir.⁵⁰ Isso, por exemplo, seria aplicável a demandas cuja pretensão se refira a fornecimento de medicamentos urgentes e indispensáveis à sobrevivência de certa pessoa ou nesses casos seria possível constituir o Poder Público em mora através da citação, como preceitua o art. 240 do Código de Processo Civil? Perceba-se que, independentemente da resposta, isso demanda uma reflexão distinta daquela empregada nos casos de decisão padrão. Aqui, a decisão anterior pode funcionar, no máximo, como precedente persuasivo, sem que isto, entretanto, importe em qualquer desmerecimento do provimento jurisdicional. **Insista-se, pois, que o modelo do IRDR não se amolda à ideia de precedentes tradicionalmente difundida e que leva em consideração os aspectos mais essenciais da decisão, cuja compreensão exige uma análise profunda de seus fundamentos determinantes. Como dito anteriormente, é até possível conferir esse uso à decisão prolatada no incidente, mas essa não é, em absoluto, a função a que o IRDR foi chamado a desempenhar no sistema.** Ao revés, ele é voltado às demandas repetitivas e, se servir a esse propósito, já contribuirá sensivelmente para a gestão da miríade de processos pendentes no Poder Judiciário. **Desse modo, para que atenda à sua finalidade de instrumento eficaz de gestão processual, viabilizando a fácil e célere identificação dos processos a serem suspensos e, ainda, reduzindo a margem de discussão e de recursos a respeito de eventuais distinções de fato, deve mesmo o incidente concentrar seus esforços nas demandas repetitivas. Avançando na análise da temática, acreditamos não ser possível a criação de subteses, fixadas a partir de variações fáticas oriundas dos casos afetados para o IRDR.**⁵¹ Isso porque, segundo entendemos, o julgamento de outras circunstâncias de fato é, na verdade, uma ampliação do objeto do incidente,



razão pela qual deve se submeter ao mesmo juízo de admissibilidade da questão repetitiva que ensejou a instauração do IRDR. Possível sustentar, inclusive, que a fixação de teses relativas a fatos cuja repetição concreta não se demonstrou conferiria ao IRDR nítido caráter preventivo, vedado expressamente pelo art. 976, I, do Código de Processo Civil, ora em comento. Observe-se, ainda, que o IRDR pode ter como objeto matéria de direito processual ou material,⁵² não havendo, ademais, qualquer óbice à afetação de várias questões em um mesmo incidente.⁵³ Assim, é plenamente possível um mesmo IRDR sobre várias questões de direito material, várias questões de direito processual ou, ainda, várias questões de direito material e processual, desde que, para cada uma delas, individualmente, estejam presentes todos os demais requisitos de admissibilidade. As matérias processuais não precisam, necessariamente, versar sobre questões prejudiciais ao mérito da causa. Pode-se perfeitamente instaurar IRDR para definição de questão controvertida concernente, por exemplo, à presença das condições da ação em determinada hipótese.⁵⁴ Desse modo, qualquer questão de direito surgida no bojo de uma demanda repetitiva, e que preencha os requisitos legais para admissão, pode ser objeto do incidente. (negritei)

Na mesma linha interpretativa, Humberto Theodoro, *in* Curso de Direito Processual Civil (Vol. III / 51. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018), ao sustentar que:

Na sistemática do NCPC (art. 976), cabe a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando, **cumulativamente**, se verificarem os seguintes requisitos:

(a) ocorrer "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito",⁴⁸¹

(b) configurar-se "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica";⁴⁸²

(c) inexistir afetação da mesma questão em recursos especial ou extraordinário repetitivos.

A questão de direito, na realidade, nunca se desliga de um pressuposto fático, de sorte que a lei, quando cogita, para efeito do incidente em exame, de "questão unicamente de direito", quer que a controvérsia existente em juízo gire tão somente sobre norma, uma vez que os fatos sobre os quais deva incidir não são objeto de questionamento algum.⁴⁸³ Nesse sentido, deve-se considerar questão de direito aquela que diga respeito à qualificação jurídica de fato, ⁴⁸⁴ desde que este não seja objeto de controvérsia.

Por outro lado, a mera discussão teórica sobre o sentido e alcance da norma não justifica a abertura do incidente. Tampouco é suficiente a perspectiva de multiplicidade futura de processos a respeito de sua aplicação. **Exige o NCPC que seja atual a efetiva pluralidade de processos, com decisões díspares acerca da interpretação da mesma norma jurídica. O incidente, em outros termos, não foi concebido para exercer função preventiva, mas repressiva de controvérsias jurisprudenciais preexistentes.**

Correta a advertência de que a lei não exige o estabelecimento de caos interpretativo entre milhares de causas.⁴⁸⁵ Basta que haja "repetição de processos" em número razoável para, diante da disparidade de entendimentos, ficar autorizado o juízo de "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica". Naturalmente, para que semelhante juízo ocorra é mister a existência de vários processos e de decisões conflitantes, quanto à aplicação da mesma norma.

Pela própria natureza unificadora da medida, não haverá possibilidade da concomitância de vários incidentes de demandas repetitivas sobre a mesma tese de direito, num só tribunal.⁴⁸⁶ Igual impedimento prevalecerá quando outro expediente procedimental já tiver sido acionado com o fito de gerar precedente unificador de jurisprudência, como o incidente de assunção de competência. Prevalece aqui o mesmo princípio que veda o *bis in idem*, nas hipóteses de litispendência.



Tampouco se admitirá a promoção do incidente de resolução de demandas repetitivas na esfera do tribunal local, quando um tribunal superior (STF ou STJ) já houver afetado recurso para definição da mesma tese, sob regime de recursos extraordinário e especial repetitivos (NCPC, art. 976, § 4º). É que já estará em curso remédio processual de função geradora de precedente, a cuja eficácia todos os tribunais inferiores restarão vinculados (art. 927). Tem-se, portanto, *in casu*, um feito prejudicial externo.⁴⁸⁷

O fato, porém, de ter sido denegada a formação do incidente por falta de seus pressupostos de admissibilidade, não impede seja ele novamente suscitado, desde que satisfeito o requisito inatendido na propositura anterior (NCPC, art. 976, § 3º). (negritei).

Sob essa perspectiva, e voltando a atenção para o tema proposto, significa dizer que, se o enquadramento do empregado no artigo 62, II, da CLT, depende do exame do conjunto fático-probatório (e no processo piloto, depende), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não tem cabimento. Não se pode alcançar uma decisão paradigma, com conteúdo de norma geral e abstrata, de observação obrigatória (artigo 104, K, do Regimento Interno deste E. Regional; artigo 985, do NCPC), capaz de dirimir de forma harmônica, controvérsias pautadas em questões predominantemente fáticas, cuja valoração da prova produzida leva em conta, inclusive, o ramo da atividade econômica; o porte do empregador; o organograma empresarial, entre outros, sob pena de se constituir precedente (decisão modelo) sem qualquer utilidade, ou pior, incorrer no risco de constituí-lo tratando de forma igual situações juridicamente desiguais.

Para uma adequada compreensão da matéria cuja pacificação objetiva o presente Incidente, trago à lume os fundamentos de cada uma das decisões mencionadas pelo requerente em sua petição, a fim de demonstrar que **a linha condutora para todos os entendimentos externados pelas Turmas deste E. Regional adveio de uma análise minuciosa das provas oral e documental produzidas, não da mera interpretação da lei.** Vejamos o que consta nas decisões que se seguem, textual:

PRIMEIRA TURMA:

Processo n. 0001373-72.2016.5.06.0015

[...] **Da função de confiança. (Recurso ordinário da reclamante.)**

Alega a autora que o conjunto probatório corroborou as suas alegações no sentido de que, apesar da nomenclatura do seu cargo, de gerente, na realidade, não possuía os poderes e a autonomia correspondentes à função, que era utilizada como subterfúgio jurídico para elidir o pagamento das horas extras habitualmente laboradas.

Pois bem.

Para que o trabalhador seja inserido na regra excepcional do art. 62, II, da CLT, que exclui os ocupantes de cargos de gestão da proteção da jornada de trabalho garantida aos demais empregados, é necessário que fique demonstrada, principalmente, a fidúcia especial no exercício da função, encargo que recai sobre o empregador, por se tratar de fato modificativo do direito (arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC/15).



Assim, para o empregado ser enquadrado nessa norma, é necessário que sua posição seja hierarquicamente elevada dentro da estrutura da empresa, não cabendo subordinação estrita a horário de trabalho ou a existência de subordinados.

Incontroverso nos autos que a reclamante ocupava o cargo de gerente. Analisando a prova oral, a qual tem a finalidade precípua de refletir a verdade do que efetivamente acontece no cotidiano das relações de trabalho, pelos menos nos pontos em que é necessária a apuração dos fatos, assim como o juízo de primeira instância, considero que a demandante laborava em condições que a alçavam à condição de ocupante de cargo de confiança.

De acordo com a instrução processual, pode-se inferir que, como Gerente de Loja, a autora era responsável por realizar reuniões, fechamento do caixa, coordenar vendedores, estoquistas e caixas, elaborar escala de trabalho, resolver problemas com clientes, receber mercadorias, abertura/fechamento da loja, guardar a senha do cofre, cujas atribuições compartilhava com outra gerente, sendo subordinada apenas ao supervisor.

Por outro lado, não restou demonstrada a existência de controle de jornada da autora, pois a prova oral relatou que o supervisor somente comparecia à loja de forma esporádica.

Ainda consoante o teor da prova oral, conclui-se que a demandante era responsável pela gerência da loja, tendo como subordinados todos os empregados nela lotados, e possuía poderes de disciplina e gestão para garantir o perfeito funcionamento das atividades dessa unidade de comércio, não se sujeitando a controle ou fiscalização regulares de horário de trabalho, o que revela certa liberdade no cumprimento de seus afazeres.

Além disso, a remuneração percebida pela reclamante era bem superior àquela normalmente recebida por vendedores e estoquistas.

Portanto, na condição de gerente, ficou caracterizada a fidúcia especial necessária ao enquadramento na hipótese do art. 62, II, da CLT, de forma que a demandante não estava sujeita a controle de horário, não lhe cabendo reclamar o pagamento de parcelas pertinentes à jornada de trabalho.

Apelo obreiro improvido, no aspecto. (negritei)

SEGUNDA TURMA:

Processo n. 0000044-19.2016.5.06.0017

[...] **Adicional de sobreaviso**

As Reclamadas, reportando-se à dicção do §2º do art. 244 da CLT, argumentam que o Reclamante não tem direito às horas sobreaviso porque não se encontrava impedido de viajar nos períodos de descanso.

Ademais, defendem que quando da contratação, conferiu-se ao Obreiro poderes de mando, gestão e ampla autonomia na execução das suas atribuições na Filial em que exercia a função com subordinados diretos. Asseveram que ele percebia salário diferenciado, observando-se o regramento contido no art. 62, II da CLT. Assim, concluem não ter sido caracterizado o regime de sobreaviso, requerendo a reforma do julgamento, no aspecto.

Na petição inicial o Reclamante alegou, em suma, que além de ser a pessoa designada para abrir e fechar a Loja, também ficava à disposição, por meio de celular, para ser convocado à comparecer ao Estabelecimento durante a madrugada quando o alarme da Loja disparava ou quando havia alguma irregularidade que necessitasse a atuação dos Órgãos de Segurança, sendo acionado por Empresa de vigilância.



Acrescentou que esses procedimentos de segurança em situações de "emergência" nas Lojas, integram documento assinado pela Diretoria da Empresa e todos os supervisores e Gerentes (tal como o Reclamante).

Sendo assim, alegando ficar em regime de sobreaviso durante todo o contrato, podendo ser acionado a qualquer hora do dia e, inclusive em finais de semana e feriados, "para atender casos de disparo do alarme da Loja", pugnou pelo pagamento de adicional de sobreaviso, à razão de 1/3 do salário normal, a teor do art. 244, §2º da CLT.

O Juízo do primeiro grau, proferiu o seguinte julgamento, no particular:

"Restou confirmado pela prova oral, em especial a primeira testemunha, que, tanto ele quanto o reclamante permaneciam mesmo nos finais de semana e, até nos períodos de férias em sistema de sobreaviso.

'(...); QUE em caso de o alarme da loja disparar a qualquer hora, poderiam ser acionados, inclusive na madrugada; QUE não era comum ocorrer esse fato; QUE em caso de não atender ao acionamento da empresa, o supervisor ligava cobrando que o gerente fosse sob pena de demissão; (...); QUE tinham que ficar com o celular 24 horas ligado para atender em qualquer emergência; QUE recebiam apenas pressão para ficarem com o celular ligado; QUE o depoente nunca ficou impedido de viajar por conta do alarme da loja; QUE a PROSSEGUR informava qual a área da loja em que o alarme tinha disparado; (...)."

A segunda testemunha também confirma o sobreaviso ao declarar:

"(...); QUE há determinação de ficarem com o celular 24h ligado por conta da segurança da loja que pode ser acionada a qualquer momento; QUE o depoente não sabe dizer o que ocorria se não atendesse aos chamados da PROSSEGUR, pois sempre atendeu; QUE o depoente nunca ficou impedido de viajar ou sair nos seus horários de folgas por conta do alarme da loja; QUE o depoente já recebeu ligações quando estava em viagens, mas nessas ocasiões ligou para o supervisor ou para o gerente que estava à frente da loja; QUE chega a ser acionado 3 a 4 vezes no mês por conta do alarme; QUE no período de 2012, quando houve reforma da loja, eram acionados com muita frequência; (...)."

O art. 6º da CLT [11] foi alterado para reconhecer que os mecanismos de informática ou telemática são capazes de permitir o controle à distância das atividades do empregado, bem como a subordinação.

Assim, o TST alterou a súmula 428 para registrar o seguinte teor:

'SOBREAVISO. 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 regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distancia 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.'

Em resumo, o TST passou a admitir que o uso de celular, bip e outros aparelhos podem caracterizar controle das atividades do trabalhador em seu repouso, colocando-o em situação equivalente a plantão, aguardando ordens de serviço, o que caracteriza sobreaviso, ou seja, o direito à percepção de um terço das horas de descanso como se tivessem sido efetivamente laboradas.

Faz jus, pois, o autor a 1/3 das horas de descanso a que teria direito (domingos, feriados e, nos períodos de férias em dois dias cada período) por se encontrar em constante estado de sobreaviso.

Uma vez comprovado o principal e sua habitualidade resta devido o acessório (reflexos sobre o aviso prévio, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%)."

Dissinto do julgamento, todavia.



Os empregados que exercem funções de direção e gerência não estão sujeitos ao regime de duração do trabalho disciplinado no Cap. II da CLT, como se pode inferir da dicção do art. 62, II da CLT.

"Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

[...]

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. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)".

Maurício Godinho Delgado *in* Curso de Direito do Trabalho [1] ressalta que os efeitos restritivos do exercício do cargo ou função de confiança sobre os direitos laborais do Empregado chegam a formar um grupo relevante. Pontua que, em primeiro lugar, a reversão do Empregado ao antigo posto não é considerada alteração lesiva contratual e, em segundo,

"não incidem horas extras a favor do empregado enquadrado em tal circunstância funcional (hoje artigo 62, Inciso II, CLT; anteriormente alínea b do mesmo artigo). É que a lei considera que a natureza e prerrogativas do cargo de confiança o tornam incompatível ao conjunto dos empregados de uma organização empresarial".

Ressalta o doutrinador, no entanto, que a lei estabelece apenas uma presunção, não autorizando discriminação. Ou seja, comprovado, inequivocamente, que o Trabalhador ocupante de função de confiança ou gestão era submetido a *"rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho"*, não haveria como excluir esse trabalhador do regime de duração de jornada (art. 7º, XIII e XVI da CF). A hipótese em exame não é esta.

O conjunto probatório produzido nos autos demonstra, insofismavelmente, que o Reclamante desempenhava, efetivamente, função de Gerência com salário diferenciado e poderes de mando e gestão. Tais poderes foram todos relacionados no Instrumento de mandato reproduzido no id. nº 3b1cbf8 (p. 01 - 02) que convergem com as declarações extraídas da prova oral.

A 1ª (primeira) testemunha de iniciativa do Demandante, identificado pelo nome de Kleber Luiz de Souza Lima, declarou enfaticamente que tanto ele, como o Obreiro, exerceram a função de Gerentes e, nessa condição, *"nunca tiveram cartão de ponto"*.

Declarou que o Gerente da Loja tem poderes para liberar trocas e cancelar vendas e é responsável pela escala de trabalho; divisão de tarefas dos funcionários e também detém a chave da Loja. Salientou que não havia ninguém controlando o horário de chegada ou saída do depoente mas se precisasse se ausentar durante o expediente tinha que se dirigir por telefone ao Supervisor.

Sobre a jornada de trabalho, na petição inicial, o Demandante alegou que iniciava às 7h e findava o expediente às 20:00/20:30h, de segunda a sexta-feira, com quarenta minutos de intervalo e, aos sábados, informou que trabalhava das 7h às 18h/18:30h e, em média, 10 (dez) vezes por mês tinha que receber mercadoria, iniciando a jornada às 6h00 e findando às 21h30, quando a entrega ocorria após o expediente.

A testemunha em referência, declarou que trabalhou juntamente com o Reclamante na mesma loja. Esclareceu que há 02 (dois) gerentes por loja e que abriam e fechavam a Loja juntos; que iniciavam às 7h00 e findavam por volta das 19h40min /20h00, de segunda à sexta e aos sábados encerravam às 18h00. Sobre o intervalo disse que gozavam de 45 (quarenta e cinco) a 50 (cinquenta) minutos. Em nenhum momento aludiu a possibilidade de iniciar às 6h00 e findar às 21h30 para recebimento de mercadoria, como alegado pelo Autor.

Pontuou essa testemunha que o Supervisor apenas comparecia eventualmente na Loja e que ele, além de exercer a supervisão da Loja em que trabalhavam, também fazia de cerca de 15 lojas, sendo 08 (oito) lojas no Centro e as demais no Subúrbio, o que é suficiente para se presumir a impossibilidade real do Supervisor exercer



influência direta e contumaz sobre a direção e a gestão da Loja, manietando os Empregados que exercem a função de Gerentes. E, conseqüentemente, de controlar os seus horários.

Sobre a possibilidade do alarme da Loja disparar a qualquer hora, inclusive durante a madrugada, o Depoente em foco declarou que tinham que comparecer à Loja, mas ressaltou que não era comum isso ocorrer.

Esse depoente também esclareceu que caso não atendessem ao acionamento, o Supervisor ligava cobrando o comparecimento, sob pena de demissão. Todavia, mais adiante, declarou que não ouviu falar de nenhum gerente que tenha sido demitido por não atingir as metas ou não atender o alarme da loja quando chamado.

A 2ª (segunda) testemunha indicada pelo Reclamante, identificada pelo nome de Miguel Freitas Soares, informou que desde 1991 exercia a função de Gerente na filial da Rua da Palma. Acrescentou que esta filial, sob a sua Gerência, recebia o numerário das filiais das duas lojas situadas na Rua Nova e que tanto o Obreiro, quanto a testemunha antes ouvida, levavam o numerário para a Loja do depoente.

Sobre as suas atribuições, em linhas gerais, disse que,

"[...] como gerente, não poderia mandar um funcionário para casa se houvesse algum problema, porque precisaria comunicar o fato ao supervisor; QUE a avaliação e promoção dos funcionários era feita pelo gerente e encaminhada ao supervisor; QUE as escalas de férias e folgas eram feitas pelo próprio DP; QUE o funcionário se dirigia ao gerente para comunicar qualquer problema; QUE o gerente reportava então ao supervisor; QUE os problemas com os clientes o gerente procurava resolver; QUE na loja do depoente, ele abria a loja às 7h e o outro gerente chegava às 9h; QUE no fechamento, o depoente saía às 18h e o outro permanecia até o fechamento da loja; QUE antigamente os dois gerentes chegavam juntos, abriam e saíam fechando a loja juntos; QUE isso ocorreu até aproximadamente o ano de 2012 ao que se recorda; QUE em caso de demissão de funcionário, o gerente apenas preenche uma avaliação e encaminha para o supervisor [...]"

Todavia, salientou que não sofria interferência do Supervisor na avaliação demissional e deixou claro, colidindo com a informação da testemunha anterior, que não se reportava a ninguém para dizer se chegou ou saiu da Loja, mas recebia ligação logo cedo do supervisor.

Tais declarações, conquanto demonstrem o firme propósito de reduzirem a responsabilidade dos Gerentes na gestão e administração do Empreendimento, evidenciam o grau de independência que esses Empregados, portadores de mandato de representação, detinham na direção das Lojas sob os seus comandados.

Observe que esse depoente demonstra o poder que detinha de convencionar com o outro Gerente o horário de início do expediente e do final e deixa claro que não tinha obrigação de se reportar a ninguém para dizer se saiu ou chegou à Loja (id. nº 92a2ffc - p. 03 - 04).

Sobre o atendimento ao acionamento dos alarmes, enfatizou que *"nunca ficou impedido de viajar ou sair nos seus horários de folgas por conta do alarme da loja; que o depoente já recebeu ligações quando estava em viagens, mas nessas ocasiões ligou para o supervisor ou para o gerente que estava à frente da loja"*.

A 3ª (terceira) testemunha ouvida, esta por iniciativa das Reclamadas, identificada pelo nome de Monique Joana Pereira da Silva informou que já laborou com o Reclamante na mesma Loja, exercendo a função de Coordenadora. Nesse período asseverou o seguinte:

"[...] havia um rodízio entre os gerentes para abrir e fechar a loja, sendo este o procedimento usual nas lojas; QUE na época, o reclamante chegava às 9h, pois fazia o fechamento da loja por volta das 19h; QUE a depoente, como coordenadora, já substituiu tanto o reclamante como o outro gerente no intervalo para refeição; QUE o reclamante utilizava de 1h de intervalo para refeição; QUE o gerente de loja pode mandar o funcionário para casa, como pode autorizar a chegada mais tarde ou saída mais cedo, bem como alterar a escala do funcionário; QUE o gerente tem autonomia



para adotar essas atitudes sem ter que comunicar ao supervisor; QUE como coordenadora, a depoente estava subordinada ao reclamante; QUE em caso de problema, a depoente se reportava ao gerente; QUE o supervisor quando chegava na loja se dirigia ao gerente; QUE qualquer problema com o cliente quem resolve é o gerente; QUE as reuniões com os funcionários e repasse de metas são feitos pelo gerente; QUE em caso de trabalho em feriados, haviam folgas compensatórias, tendo os gerentes direito a estas; QUE quando trabalhavam aos domingos também tinham folgas compensatórias; QUE nos feriados e domingos, o horário negociado com o sindicato indo das 9 às 17h; QUE a depoente já chegou a deixar de atender pedidos da PROSESEGUR, não tendo sido penalizada por isso [...]" (g.n.)

Nesse cenário, conclui-se que a Reclamada se desvencilhou a contento do encargo de comprovar o enquadramento do Reclamante na hipótese conferida no art. 62, II da CLT, não estando submetido a controle de jornada. Assim, não tem direito o trabalhador ao pagamento de horas extras e, muito menos de horas de sobreaviso, uma vez que as condições de trabalho se distanciavam daquelas em regime de plantão, prontidão ou sobreaviso, não se configurando a hipótese conferida no art. 244 da CLT. Nesse sentido, colho o seguinte Aresto:

"FUNÇÃO DE GERÊNCIA. ART. 62, II da CLT. HORAS EXTRAS. HORAS DE SOBREAVISO. INDEVIDAS. A norma do art. 62, inciso II da CLT, exclui, do regime geral de duração do trabalho, 'os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores de departamento ou filial'. Caracterizada a circunstância de cargo de gestão, por seus dois requisitos (os poderes de mando, típicos de gestão, e a remuneração diferenciada, superior a 40%), são indevidas horas extraordinárias e de sobreaviso, por ausência de controle de jornada [...]" (TRT 16ª Região, 1ª Turma, Relator Desembargador Luiz Cosmo da Silva Júnior, DOE: 02.03.2016). (g.n.)

Dessarte, dou provimento ao recurso, no particular, para excluir a condenação de 1/3 (um terço) das horas de descanso (domingos, feriados e, nos períodos de férias em dois dias cada período) com reflexos no aviso prévio, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%.

[1] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 10ª Edição, São Paulo, LTr, 2011, p. 354-355. (negritei)

Processo n. 0000294-82.2016.5.06.0007

[...] Das horas extras.

O reclamante afirma que restou comprovado, de forma farta, que, embora não assinasse o ponto, sofria controle de jornada de forma direta pela reclamada ao longo da jornada e que, assim como os demais gerentes da reclamada, não exercia os supostos poderes de mando e gestão.

O Juízo de primeiro grau concluiu que "o próprio reclamante demonstra por meio do seu depoimento que as atividades exercidas por ele na reclamada eram típicas da função de Gerente, exercendo cargo de confiança dentro da reclamada. Além disso, constato que o reclamante tinha flexibilidade na sua jornada de trabalho, podendo sair do serviço para resolver pendências particulares e retornar depois, exercendo o cargo máximo dentro da loja, respondendo apenas ao Regional, prerrogativa dos empregados previstos na exceção do art. 62 da CLT" - fl. 999.

Pois bem.

Dispõe a CLT:

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

...

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



Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)."

Na contestação a reclamada afirma que o autor foi admitido em 08/08/1996, exercendo no período imprescrito a função de gerente de loja, e permanecendo nesta função até ser rescindido seu contrato laboral em 14/10/2015. Ressalta que o autor possuía poder de mando e gestão não só pelo documento procuratório que lhe fora outorgado, como também nas atividades diárias que exercia na empresa, não estando sujeito a horário determinado, com padrão salarial superior aos demais empregados de toda a loja. Ressalta que não se trata de empregado comum mas de empregado que gozava de especial confiança da empresa possuindo responsabilidades distintas e diferenciadas dos demais integrantes do seu grupo de trabalho.

Analizando o conjunto probatório, verifico que a empresa, em agosto de 2001, por instrumento público de procuração, outorgou poderes ao reclamante de gestão ordinária, chefia, supervisão, fiscalização, gerenciamento da loja e empregados subordinados, podendo admitir e dispensar empregados, com observâncias das normas internas da empresa na condição de gerente de loja - fl. 556.

À fl. 557, consta procuração pública também outorgando-lhe poderes para, como gerente de quaisquer uma das lojas ou outro estabelecimento que venha a exercer a mesma função, amplos poderes de representação, gestão e mando para que ele a represente em todos os setores da loja e/ou estabelecimento, com plena liberdade de ação, consoante determinações e instruções da outorgante e seus diretores, reportando-se exclusivamente a esses mesmos diretores; ficar com a chave do estabelecimento, cabendo-lhe abri-lo e fechá-lo admitir, punir e/ou demitir quaisquer dos funcionários vinculados a loja por ele gerenciada (...) para receber e atender, em nome da outorgante, representantes fiscais de quaisquer órgãos públicos em atuação fiscalizadora (...)

Outros instrumentos procuratórios foram juntados com semelhantes poderes às fls. 559/563.

Às fl. 426/728, consta que o autor tinha como vencimentos os valores de R\$ 5.338,13, R\$ 6.269,00 e R\$ 6.581,93 nos meses de julho, agosto e setembro de 2013, enquanto que os demais funcionários recebiam entre R\$776,00 a R\$1.900,00 - fl. 273 /384.

Por outro lado, verifica-se, ainda, que o reclamante, em seu depoimento, afirma o seguinte:

"nos último anos era gerente de loja; que a última loja que gerenciou foi Cavaleiro; que no caso de alguma penalidade ao empregado o supervisor era acionado pelo depoente para providências; que a admissão era realizada pelo RH, mediante envio dos currículos recebidos na loja; que a sua remuneração era a base de comissões; que o depoente vendia à crédito (...) que sua aprte era relacionad ao gerenciamneto (sic) das metas referentes ao seguros de vendas e seguro realizado pelo pessoal do crédito; que eram 5 a 6 caixas realizando esse serviço; que desse serviço recebia apenas a premiação caso atingisse as metas (...) que o depoente abria a fechava a loja; que chegava na loja as 7:30h, abrindo as portas as 8h e fechava as 19h e largava as 19:30h; que tirava de 30min a 40 min para intervalo; que o depoente não marcava cartão de ponto (...) que as lojas tinham alarmes monitorados por empresa de vigilância; que quando o alarme era acionado fora do expediente normal o depoente era chamado para comparecer ao local; que a Nordeste tinha o telefone dos gerentes; que isso acontecia em média 2 vezes no mês (...) que se precisasse fazer alguma coisa particular na hora da jornada, ia resolver o problema e retornava imedatamente, informando ao Regional, Alex; (...) que nos seus dias de folga era rendido por um gerente de loja em que havia 2 gerentes (...) que a fiscalização era recebida pelo depoente; que as solicitações eram emitidas para o RH; que o Regional comparecia na loja uma vez a cada 15 dias; que o Regional quando comparecia passava meio expediente e andava a loja toda; que os vendedores não tinham senha para acesso a determinadas telas; que essas telas eram específicas do gerente; citando: tela de vendas da loja, de seguro de empréstimo, tela para ver



limite de compra para liberação do crediário do cliente; que se o empregado faltasse o depoente recebia o atestado e remetia para o RH; que os problemas administrativos da loja internos eram resolvidos pelo depoente e repassados para o Regional; que o depoente fazia avaliação local pelos empregados e entregava ao Regional; que havia reuniões e treinamentos dos gerentes no escritório da empresa; que esses treinamentos eram sazonais (...)"

Assim, como analisado pelo Juízo de primeiro grau, o próprio autor confessa os fatos que favorecem a tese da reclamada.

A denominação ostenta um poder de mando, mas por óbvio o cerne da questão é o exercício ou não de fidúcia especial por parte do RECORRENTE no exercício de suas atribuições.

O citado dispositivo celetista tem o mesmo conteúdo desde a sua publicação original e esta dista mais de 70 anos. Parece-nos que esse detalhe, 70 anos de idade, sempre escapa à maioria dos aplicadores do direito. Bem observado, o país mudou muito sua estrutura social e econômica. Em 1943, esta lei assim versava:

"Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam :

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família no âmbito residencial destas;

b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais;

c) aos servidores públicos do Estado e das entidades paraestatais;

d) aos servidores de autarquias administrativas cujos empregados estejam sujeitos a regime especial de trabalho, em virtude de lei;

e) aos empregados das empresas de propriedade da União Federal, quando por estas ou pelos Estados administradas, salvo em se tratando daquelas cuja propriedade ou administração resultem de circunstâncias transitórias."

Ou seja, àquela época ela não se aplicava a ninguém porque éramos um país agrário e os que estavam nas cidades eram domésticos, profissionais liberais, servidores públicos e todos aqueles que estavam citados nas exceções.

Não precisa ser muito perspicaz para perceber que àquela época os meios de comunicação, seja lá como se deseje conceituar, eram escassos, portanto, o grau de autonomia que se dava a um GERENTE era bem maior do que na atualidade. Atualmente o país mudou em muitos aspectos, inclusive no adensamento populacional em cidades e na melhoria de meios de comunicação. Assim, a possibilidade de controle gerencial por parte do centro de comando das empresas aumentou bastante. O que se há de perquirir é se essa possibilidade maior de controle redunde na eliminação da figura do GERENTE como pessoa importante na cadeia de comando das empresas.

Quero crer que não é esse o caso dos autos. Ou seja, apesar da redução de ingerência na vida interna da empresa por parte dos GERENTES, consequência das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas do país, o reclamante ainda detém um poder de comando especial o suficiente para podermos considerá-lo dentro da exceção legal aos critérios de cumprimento de jornada pelos empregados.

Assim, com base nesses elementos de convicção, mantenho a sentença, neste aspecto. (negritei)



TERCEIRA TURMA:

Processo n. 0000742-43.2016.5.06.0011

[...] Da jornada laboral.

Pretende o reclamante a condenação da ré ao pagamento de horas extras executivas, intervalares, dobras dos domingos e repercussões, alegando que restou fartamente demonstrado que o autor não possuía poderes de mando e gestão, característicos dos cargos de confiança, devendo, assim, ser afastado o enquadramento do obreiro da exceção do art. 62, II, da CLT.

As demandadas defendem o enquadramento do autor nas disposições do art. 62, II, da CLT, alegando que o reclamante exercia a função de gerente de loja, possuindo procurações outorgadas pela empresa, tendo poderes específicos de mando e gestão, sendo a autoridade máxima na loja.

O juízo de piso enquadrou do obreiro na exceção do art. 62, II, da CLT e indeferiu todos os pleitos vinculados à jornada (ID 049f20c), foram seus fundamentos:

"DA JORNADA DE TRABALHO

Busca o reclamante o deferimento de horas extras, ao argumento de que não era remunerado pelo sobrelabor. Pugna, ainda, pelo pagamento de adicional de sobreaviso sob o argumento de que era obrigado a manter o telefone celular ligado após o término do expediente e nos finais de semana para que fosse contatado pela empresa terceirizada de segurança na hipótese de o alarme da loja disparar, o que exigia a sua presença física na loja.

Em sua defesa, as reclamadas, em linhas gerais, aduzem que o reclamante desempenhava cargo não sujeito a controle de jornada, em razão das atividades exercidas. Enumeram as atividades desempenhadas pelo gerente. No que concerne ao adicional de sobreaviso, esclarecem que a empresa de segurança que era responsável por todo o procedimento na hipótese de soar o alarme da loja, a qual apenas informava à gestão da empresa o ocorrido, por telefone, não sendo exigida visita presencial dos gestores.

Passo a analisar a questão.

A jornada normal do empregado é de 8 horas diárias. Entretanto, conforme o art. 62, II da CLT, "os gerentes, assim considerados os exercentes de cargo de gestão, os quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial", não se enquadram na regra de controle de jornada. No parágrafo único do aludido dispositivo ainda é exigido que o gerente tenha a remuneração superior a 40% do salário efetivo.

No que tange a gratificação de função, atualmente, a melhor interpretação jurisprudencial diz respeito a existência de remuneração diferenciada. Que dê ao trabalhador uma distinção salarial em relação aos demais empregados. Até porque não existe disposição no ordenamento jurídico no sentido de que para o exercente de cargo de gestão seja obrigatoriamente destinada uma gratificação.

Nesse sentido o seguinte julgado:

120000052707 JCLT.62 JCLT.62.PUN - ART. 62, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT - CARGO DE GESTÃO - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - REQUISITO NÃO OBRIGATÓRIO - A redação do parágrafo único do artigo 62, da CLT, não permite outra interpretação senão a de que a gratificação de função não se traduz em requisito obrigatório para a configuração de cargo de gestão e respectivo enquadramento inciso II do citado artigo. Para tanto, basta a comprovação de efetivos poderes de gestão, com confiança diferenciada por parte do empregador. Ao referir que "(...)a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%", claramente significa dizer que caso haja gratificação, esta não deve ser inferior a 40% do salário efetivo. Partindo-se da premissa de que a lei não contém termos inúteis, entendimento em sentido contrário



pressupõe a supressão do termos "se houver" do artigo de lei, o que afronta as normas básicas de hermenêutica. Sentença mantida. (TRT 09ª R. - RO 74-26.2013.5.09.0001 - Relª Sueli Gil El Rafihi - DJe 08.11.2013 - p. 457)

Por se tratar de fato modificativo do direito do autor (art. 818, II, da CLT e 373, II, do CPC), ao empregador cabe demonstrar o preenchimento de ambos os requisitos (remuneração diferenciada e função de confiança) para que o trabalhador não se sujeite à jornada de trabalho de oito horas diárias.

Para o deslinde do caso concreto, então, faz-se necessária a análise das reais atribuições do autor, a fim de se constatar se exercia função de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou outros cargos de confiança.

Isso porque a remuneração diferenciada restou incontroversa nos autos, dado o valor do salário pago ao reclamante supera 40% do valor do piso salarial de seus subordinados previstos nas normas coletivas, conforme se verifica nos contracheques existentes nos autos. Inclusive, era remunerado por comissões sobre o recebimento total da loja.

Maurício Godinho Delgado, em seu Curso de Direito do Trabalho (LTr, 2005), afirma que a caracterização do cargo de confiança do exige poderes de mando e representação extensos e acentuados.

No caso dos autos, as reclamadas conseguiram demonstrar que o reclamante exercia função de confiança.

Com efeito, a prova emprestada produzida pelas rés comprovaram que os gerentes eram a autoridade máxima na loja; que era ele quem resolvia problemas com as mercadorias; coordenavam reuniões com os subordinados; possuíam juntamente com os coordenadores a senha do cofre da loja; realizavam avaliação de funcionários para demissão; que se reportavam aos supervisores, os quais visitavam várias lojas e não laboravam fixo em alguma filial; que advertiam os funcionários, inclusive tinham o poder de mandar funcionários para casa, caso houvesse desobediência às ordens, dentre outras atribuições.

Ora, o próprio autor narra o exercício de atribuições inerentes à função de gerente, como supervisionar o trabalho dos subordinados. Ademais, os depoimentos das testemunhas tomados por ele como prova emprestada, atestam que os gerentes de loja de fato exerciam cargo de mando e gestão.

Assim, considerando o princípio da primazia da realidade e a prova dos autos, acolhem-se as razões da empresa para declarar que o autor estava enquadrado na hipótese do art.62, II da CLT não estando submetido a controle de jornada.

Dessa maneira, improcedentes todos os pedidos formulados referentes à jornada de trabalho (itens "g", do rol de pedidos), inclusive os pedidos acessórios de reflexos."

Pois bem.

Na doutrina de Vólia Bonfim, citando Maurício Godinho, o art. 62 da CLT não traz uma regra discriminatória, que seria de todo inconstitucional. Trata-se somente de uma presunção jurídica (afastável por prova em contrário) de que a jornada não é fiscalizada, e como tal não é capaz de gerar direito a hora extra. É critério prático, não de eleição ou de discriminação. Nas palavras do jurista:

"(...) havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada diária laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à jornada de trabalho. O acréscimo salarial de 40% previsto no parágrafo único do art. 62 da CLT não é uma compensação pela supressão de horas extras, já que o pagamento das horas extras é garantido constitucionalmente - art. 7º, XVI e sim apenas consequência natural da maior responsabilidade, tendo também o objetivo de evitar designações meramente fictícias. Neste sentido também se posiciona Alice Monteiro de Barros" (In Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2008, p. 674)



Noutras palavras, é possível sustentar, como tese doutrinária, que o ocupante de cargo ou função de confiança é um empregado como qualquer outro, mas que, dada a natureza do cargo ou da função desempenhada, em que o elemento fiduciário (presente em todo contrato de trabalho) assume especial relevo, não se beneficia da proteção legal com a mesma amplitude atribuída aos demais empregados.

A confiança de que trata o artigo 62, II, da CLT, dessa forma, pressupõe a investidura de poder de mando e gestão irrestrito, personificando, mesmo, a figura do empregador, não se confundindo com os poderes conferidos aos empregados através de instrumento particular de mandato, com finalidades específicas para determinados atos.

No caso dos autos, creio que o conjunto probatório corrobora a tese empresarial.

Confira-se:

"que o depoente, como gerente, nos últimos 2 anos, tem poderes passou a ter poderes de aplicar punições aos empregados subordinados; que antes, não possuía; [...] que os empregados, inclusive caixas, possuem avaliação de desempenho, que é feita em um formulário, que segundo o depoente, faz a avaliação para demissão; acrescentou também que há avaliação para promoção, e que é o gerente que faz esta avaliação; [...]" (Sr. CLÁUDIO CELESTINO PEREIRA JÚNIOR)

"que na loja, a autoridade máxima era o gerente; que se ocorresse algum problema com a mercadoria, quem resolvia era o gerente; que só havia avaliação dos funcionários para demissão; que essa era a única avaliação que os gerentes faziam; [...] que quando tinha reunião na loja quando a depoente trabalhou com o recte, eram os gerentes que comandavam estas reuniões; [...] que a senha de cofre quem tinha era o gerente " (Sra. ELISANGELA PATRICIA SILVEIRA)

"que quando trabalhou com o recte, ele já era gerente; que ambos exerciam a gerência; que quem advertia os funcionários, eram os gerentes, no caso, o depoente e o recte; que caso um funcionário não quisesse por exemplo fazer a vitrine, o gerente o mandaria para casa, e não vinha nenhum documento do escritório, pelo menos era assim à época; que quem definia se um empregado seria demitido ou punido, era o gerente; [...] que os gerentes têm procuração da empresa; [...] que não ficava ninguém na loja para supervisionar o horário do gerente;" (Sr. AURELIANO OSCAR FREITAS HENRIQUE)

Como se vê, a prova oral não deixa dúvidas quanto à inexistência do controle de jornada. Quanto ao poder de gestão, resta cristalino que o recorrente estava diretamente ligado às questões administrativas e de pessoal e que nesse aspecto sua opinião era relevante para a empresa, embora a decisão final fosse tomada por um superior hierárquico. Constata-se que o reclamante, no exercício da função de gerente de loja, tinha subordinados, dava ordens, recomendava admissões ou demissões e, ainda, possuía a senha do cofre.

Esse conjunto de atos assinala que o mesmo detinha elevadas atribuições e estava investido de poderes de gestão. Tem-se, assim, que o recorrente detinha não só o título de gerente, mas também a responsabilidade de gerir a loja em que prestou serviço à sua empregadora. É de se ressaltar, quanto a esse aspecto, que o artigo 62, II e parágrafo único, da CLT, não trata, necessariamente, de alguém com poderes ilimitados e exclusivos, estão aí enquadrados funcionários investidos de uma parcela do poder diretivo, exercentes de cargo de gestão, aos quais se equiparam, para o efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

No que concerne à remuneração auferida pelos ocupantes de cargo de gestão, resta evidenciado ainda, o padrão mais elevado de vencimentos, já que o recorrente percebia comissões sobre o total das vendas realizadas na loja, enquanto que a comissão de cada vendedor era calculada sobre as vendas por ele próprio intermediadas.

Nesse contexto, configurado o enquadramento do recorrente no cargo de confiança definido no art. 62, II, da CLT, resta o mesmo excluído do regime da duração do trabalho previsto na CLT.



Veja-se a propósito do tema:

EMENTA: GERENTE DE LOJA. CARGO DE CONFIANÇA. ENQUADRAMENTO NO ART. 62 , II , DA CLT . HORAS EXTRAS INDEVIDAS. Uma vez comprovado que o reclamante detinha fidúcia que a diferenciava dos demais empregados, com poderes mais amplos de gestão, ocupando o maior nível hierárquico, indevido o pagamento das horas extras além da oitava diária, enquadrando-se nos termos do art. 62 , II , da CLT. Recurso autoral improvido. (Processo: RO - 0001028-25.2015.5.06.0021, Redator: Maria das Gracas de Arruda Franca, Data de julgamento: 02/02/2018, Terceira Turma, Data da assinatura: 06/02/2018)

Assim, no particular, nego provimento ao recurso do obreiro. (negritei)

QUARTA TURMA:

Processo n. 0000330-21.2016.5.06.0009

[...] Das horas extras deferidas (recurso da reclamada)

A reclamada afirma que o autor não faz jus às horas extras deferidas, uma vez que não estava sujeito a controle de horário, porquanto exercia cargo de confiança, enquadrando-se no disposto no art. 62, II, da CLT.

É incontroverso que, durante o período imprescrito, o reclamante atuou como supervisor de loja, cargo que, em tese, não está sujeito a controle de jornada, por aplicação do art. 62, II, da CLT.

Por outro lado, para enquadrar um empregado na regra em apreço, é necessário que reste demonstrada a satisfação dos seguintes requisitos:

- que o obreiro possua um padrão salarial mais elevado e
- que detenha amplo poder de mando e de gestão, podendo, inclusive, admitir, demitir e aplicar penalidades aos seus subordinados, tendo autonomia, também, para definir o seu horário de trabalho.

Sendo fato impeditivo do direito ao pagamento de eventual jornada extraordinária, o ônus da prova compete à empresa, nos termos dos arts. 818, II, da CLT e 373, II, do CPC/2015, de cujo encargo não se desincumbiu a contento.

É que a prova oral produzida nos autos revela que os supervisores possuíam poderes bastante restritos, não ostentando plena autonomia para realizar as suas atribuições, já que seus atos ficavam sempre submetidos à chancela do gerente comercial. Nos depoimentos colhidos, também ficou claro que os supervisores não detinham poderes de mando e de gestão, sequer possuindo autorização para admitir, demitir ou aplicar punições, eis que tais atribuições eram da alçada do gerente comercial e do RH.

É o que se depreende dos depoimentos das testemunhas trazidas pelo reclamante:

"(...) que foi contratado pela Esposende, que passou à Paquetá, tendo no total trabalhado por 32 anos na citada empresa; que foi desligado em agosto de 2015; que como o depoente e o reclamante eram supervisores, trabalhavam em lojas distintas; (...) que o depoente não tinha cartão de ponto; (...) que o depoente era subordinado ao gerente comercial, sr Marcos; que o reclamante também era supervisor assim como o depoente; (...) que o gerente comercial fiscalizava o horário do depoente; que o referido gerente se comunicava com os supervisores através do celular concedido pela empresa; (...); que em caso de algum problema na loja no período noturno, inicialmente era chamado o gerente e em caso do gerente não ser encontrado, era chamado o supervisor" Às perguntas do (a) advogado (a) do (a) Reclamante disse



"(...); que o depoente não podia admitir funcionários, podendo porém fazer indicações; que se caso o depoente indicasse algum funcionário fora das normas, o mesmo não seria contratado; que em caso de demissões, o gerente passava para o supervisor o nome do funcionário e o motivo para a demissão e o supervisor repassava para o gerente comercial; que era o gerente e o RH que decidiam se o funcionário iria ou não ser demitido; que para fins de punição de funcionários deve ser observado o mesmo processo mencionado; que o depoente não tinha procuração para representar a empresa; que tudo que foi dito pelo depoente em relação ao cargo de supervisor também se aplica ao reclamante" Às perguntas do (a) advogado (a) dos Reclamados disse " (...) que o depoente não tinha a chave das lojas nem a senha de acesso das mesmas; que quando não conseguiam falar com o gerente e entravam em contato com o depoente para resolver algum problema de segurança, o depoente entrava em contato com o gerente; (...) que caso a Prossegur não conseguisse entrar em contato com o gerente da loja, entrava em contato com o supervisor daquela loja e em caso de impossibilidade com o gerente comercial e posteriormente o diretor; (...) que o depoente já indicou funcionários para ser promovido a gerente; que nem todos os que foram indicados pelo depoente foram promovidos a gerente; que o depoente fazia as avaliações dos gerentes das lojas, do mesmo em que o gerente comercial fazia a avaliação do depoente" (Depoimento do Sr. Flavio Roberto Absalão, 1ª testemunha do reclamante).

"(...) que o depoente trabalhava das 8h até aproximadamente 18/19h, de segunda a sábado; (...) que se precisasse resolver algum problema pessoal durante a sua jornada tinha que se reportar ao gerente comercial; que o depoente não podia demitir ou admitir funcionários; que em caso de suspensão ou advertência, o gerente da loja repassava ao supervisor, que por sua vez repassava ao RH e ao gerente comercial, sendo esses dois últimos que tomavam a decisão final; que não tinha procuração para representar a empresa; que como supervisor não tinha chave das lojas nem dos cofres; (...) que quem fazia o roteiro de visitas era o próprio supervisor, exceto no caso de algum problema com alguma loja, caso o gerente comercial pedisse para dar uma atenção específica àquela; (...) que geralmente em datas festivas, principalmente nos meses de dezembro e junho, a jornada poderia se prorrogar até às 21h ou até às 22h, horário de fechamento dos Shopping; (...) que o depoente fazia o relatório acerca do funcionário que poderia ser demitido e o RH olhava principalmente o que fosse lhe trazer um custo menor para decidir pela demissão ou não; que nem todas as indicações feitas pelo depoente para demissão foram acolhidas". (Depoimento do Sr. Luis Acelio Garibalde Zeitter, 2ª testemunha do reclamante)

Como se viu, embora possuíssem atribuições com algumas responsabilidades mais específicas (supervisionar várias lojas, avaliar funcionários), a liberdade de atuação dos supervisores era deveras limitada, ficando seus atos subordinados à autoridade do gerente comercial, este sim imbuído de efetivo poder de mando e de gestão.

Ainda que o obreiro ostentasse um padrão salarial diferenciado, chegando a receber mais de R\$ 10.000,00 por mês, claro está que as atribuições por ele desempenhadas não se enquadram na exceção prevista no art. 62, II, da CLT.

Nesse contexto, concordo com a avaliação feita pelo Juízo monocrático, por entender que o obreiro deveria se sujeitar, sim, a controle de horários.

Mantenho, portanto, a condenação ao pagamento de horas extras, nos moldes delimitados na sentença singular. (negritei)

Como se pode perceber, em todos os acórdãos mencionados pelo requerente é fácil inferir que não se está diante de uma mesma questão unicamente de direito (vontade abstrata da lei). O enquadramento (ou não) no artigo 62,II, da CLT, para ser decidido, passou pela análise minuciosa das provas produzidas acerca das reais atribuições do empregado, de seu salário (sentido lato), da existência (ou não) de subordinados, da submissão (ou não) ao controle de jornada, entre outros, ou seja, em todos os julgados foram **esmiuçadas questões eminentemente fáticas**; e guardaram, cada um deles, específica singularidade.



Pela inadmissibilidade do IRDR sobre questões eminentemente fáticas, ilustrativamente:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). ARTS. 976/989 DO CPC. PREJUDICIAL À ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE. As questões que se pretendem dirimir demandam o exame pormenorizado de fatos e provas, ao passo que o CPC só admite o incidente quando ocorrer efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão, unicamente de direito, e que, concomitantemente, ofereça risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Assim não atendidos os pressupostos previstos no artigo 976 do CPC, a consequência é a inadmissibilidade do processamento do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. (TRT 3ª REGIÃO - IRDR - Tribunal Pleno - Processo n. 0011221-44.2018.5.03.0000. Relator: Fernando Antônio Viégas Peixoto. DEJT 19/12/2018).

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR - INADMISSIBILIDADE - MATÉRIA EMINENTEMENTE FÁTICA E NÃO UNICAMENTE DE DIREITO - ART. 976, I, DO CPC - Não se admite o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, quando a matéria suscitada é eminentemente fática, visto que o requisito formal estatuído no art. 976, I, do CPC, é de que o debate jurídico tenha como meta se formar teses de aplicabilidade obrigatória em questões unicamente de direito, que podem ser de natureza material ou processual. Embora se reconheça que são raras as questões puramente de direito, e que a discussão quase sempre tem como lastro a existência de um acontecimento de valor jurídico, no IRDR esses fatos não dependem de dilação probatória e o respectivo debate jurídico não aparece como aspecto principal na formação da tese, mas surgem no contexto apenas como pano de fundo. Se a requerente deseje, na verdade, tratamento igualitário para os processos no que diz respeito à análise das provas produzidas nos autos, e não objetiva a fixação de teses de cunho material ou processual, que sirva de parâmetros para vincular os magistrados desta Corte em questões idênticas, inadmissível o processo do IRDR. (TRT 22ª REGIÃO - IRDR - Tribunal Pleno - Processo n. 00080066-03.2018.5.22.0000. Relatora: Liana Chaib. Data do julgamento: 30/05/2018).

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. INSTAURAÇÃO. REQUISITOS. INOBSERVÂNCIA. NÃO ADMISSIBILIDADE. Para a devida instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos dos arts. 976 a 987 do NCPC, compete à parte efetuar a demonstração da existência de volume de demandas repetidas, potencialmente capazes de ensejar insegurança jurídica e transgressão ao princípio da isonomia se decididas sem uniformidade, o que não ocorreu na espécie. A não observação pela requerente de requisitos indispensáveis à instauração do incidente, impõe a sua não admissibilidade. (TRT 1ª REGIÃO - IRDR - Tribunal Pleno - Processo nº 0100640-66.2017.5.01.0000. Relator: Paulo Marcelo de Miranda Serrano. DEJT 08/06/2017).

Tem mais. Tratando-se de julgamentos baseados no conjunto fático-probatório, não se pode cogitar de risco de ofensa à isonomia (igualdade de tratamento para igual situação) e à segurança jurídica (proteção da confiança; previsibilidade), como exige o artigo 104-C do Regimento Interno deste E. Regional; e o artigo 976 do NCPC; e os requisitos, como dito nas linhas precedentes, são cumulativos.

No aspecto, são elucidativas as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart, *in* Novo código de processo civil comentado. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017:

[...] 4. Ofensa à Isonomia ou à Segurança Jurídica. Também se exige para o IRDR que a multiplicação, nas várias demandas, da mesma questão de direito gere risco à isonomia e à segurança jurídica. Exige-se risco a ambos os valores. Não se exige, porém, efetiva violação à isonomia ou à segurança jurídica, bastando o risco a que esses interesses



sejam afetados por decisões diferentes a respeito da mesma questão de direito em processos distintos. Em regra, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito ofendem a isonomia. Porém, isso não basta para admitir o incidente. Para o incidente, é necessário que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil. É inevitável que eventualmente instado a pronunciar-se a respeito de uma mesma questão de direito em vários processos, inexistindo precedente a respeito do assunto, a Justiça Civil produza decisões diferentes. Enquanto isso não afeta a visão de inevitabilidade da resposta jurisdicional única para aquela específica questão de direito, essa divergência é tida como normal, sendo internalizada pelo sistema. Todavia, quando essas respostas diferentes importem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta (*rectius*, sobre a interpretação adequada para determinada questão de direito), aí se terá o risco à isonomia e à segurança jurídica, de que fala o art. 976, II, CPC.

Enfim, desatendidos os requisitos do artigo do artigo 104-C do Regimento Interno deste Tribunal; artigo 976 do novo CPC, voto pela inadmissibilidade do processamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto pela inadmissibilidade do processamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

ACORDAM os membros integrantes do pleno do tribunal regional do Trabalho da Sexta Região, **por unanimidade, votar pela inadmissibilidade** do processamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Recife, 26 de agosto de 2019.

RUY SALATHIEL DE ALBUQUERQUE E MELLO VENTURA
Desembargador Relator



CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que, em sessão ordinária, realizada em **26 de agosto de 2019**, na sala de sessão do Tribunal Pleno, sob a presidência do Excelentíssimo Desembargador Presidente VALDIR JOSÉ SILVA DE CARVALHO, com a presença de Suas Excelências os Desembargadores Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura (Relator), Eneida Melo Correia de Araújo, Gisane Barbosa de Araújo, Virgínia Malta Canavarro, Dione Nunes Furtado da Silva, Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Maria do Socorro Silva Emerenciano, Sergio Torres Teixeira, Fábio André de Farias, Paulo Alcântara, Maria das Graças de Arruda França, José Luciano Alexo da Silva, Eduardo Pugliesi, Ana Cláudia Petruccelli de Lima e Milton Gouveia da Silva Filho; e a Excelentíssima Procuradora Regional do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região, Dra. Elizabeth Veiga Chaves, **resolveu o Tribunal, por unanimidade, votar pela inadmissibilidade** do processamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Os Excelentíssimos Desembargadores Maria do Socorro Silva Emerenciano e Sergio Torres Teixeira requereram justificativa de voto divergente.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Ivan de Souza Valença Alves e Solange Moura de Andrade, por motivo de férias.

Ausência justificada da Excelentíssima Desembargadora Nise Pedroso Lins de Sousa, por estar participando do 4º Encontro de Coordenadores de Núcleos e Centros de Conciliação da Justiça do Trabalho, em Brasília/DF.

KARINA DE POSSÍDIO MARQUES LUSTOSA
Secretária do Tribunal Pleno

CMN

VOTOS

**Voto do(a) Des(a). MARIA DO SOCORRO SILVA EMERENCIANO /
Desembargadora Maria do Socorro Silva Emerenciano**



**JUSTIFICATIVA DE VOTO DIVERGENTE APRESENTADA
PELA DESEMBARGADORA MARIA DO SOCORRO SILVA EMERENCIANO**

Solicitei a justificativa de voto divergente.

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) requerido por PAQUETÁ CALCADOS LTDA, na qual pretende seja adotada tese jurídica sobre o tema "PODER DE MANDO E GESTÃO - ART. 62, II, DA CLT", indicando como processo originário (piloto) a Reclamação Trabalhista nº 0000578-50.2017.5.06.0009

Alega a requerente que a matéria veiculada no recurso ordinário que interpôs no processo acima indicado vem gerando decisões conflitantes entre as Turmas deste E. Regional, requerendo elucidação sobre "quais os requisitos devem ser exigidos para o devido enquadramento do obreiro na hipótese do art. 62, II, da CLT".

De acordo com o voto do Exmo. Desembargador Relator, o referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não seria admissível por envolver análise de questões eminentemente fáticas e não unicamente de direito, como previsto nos artigos 104-C do Regimento Interno deste Tribunal e 976 do CPC/2015.

Ocorre que, "data venia" do entendimento esposado pelo d. Relator, entendo que a questão suscitada é predominantemente jurídica, e não meramente fática.

Com efeito, o art. 62, II, da CLT, preceitua que não são abrangidos pelo regime previsto no capítulo da CLT relativo à duração do trabalho "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".

Ao questionar "quais os requisitos devem ser exigidos para o devido enquadramento do obreiro na hipótese do art. 62, II, da CLT", o requerente está tratando da norma em tese, com seus atributos de generalidade, impessoalidade e abstração, mais precisamente da determinação dos limites da abrangência da expressão "cargos de gestão", especialmente da necessidade ou não de amplos poderes de mando e gestão, ou seja, em última análise, trata de determinação da premissa maior do processo silogístico, e não do resultado do processo, decorrente da subsunção do fato à norma.

Como bem observa Humberto Theodoro, in Curso de Direito Processual Civil (Vol. III / 51. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018) no texto transcrito pelo Exmo. Relator:



"A questão de direito, na realidade, nunca se desliga de um pressuposto fático, de sorte que a lei, quando cogita, para efeito do incidente em exame, de "questão unicamente de direito", quer que a controvérsia existente em juízo gire tão somente sobre norma, uma vez que os fatos sobre os quais deva incidir não são objeto de questionamento algum.⁴⁸³ Nesse sentido, deve-se considerar questão de direito aquela que diga respeito à qualificação jurídica de fato, ⁴⁸⁴ desde que este não seja objeto de controvérsia."

A determinação do alcance da norma pressupõe uma referência ao fato, e certo é que na questão posta para apreciação por meio do IRDR os fatos são incontroversos e previstos expressa ou implicitamente na lei, repousando a controvérsia entre as Turmas deste Sexto Regional tão somente na amplitude dos poderes de mando e gestão dos ocupantes do cargo de gerente.

Observe-se que na petição inicial do presente incidente o requerente destacou que "apesar das 1ª, 2ª e 3ª Turmas do Egrégio TRT-6ª, entender que o enquadramento na forma do art. 62, II, da CLT, não se identifica a exigência de poderes irrestritos e exclusivos para admitir ou demitir empregados, em sentido contrário vem se posicionando a 4ª Turma do TRT-6ª". Aí, portanto, reside a controvérsia, isto é, na exigência, ou não, de poderes irrestritos para punir, admitir e demitir empregados para o enquadramento no art. 62, II, da CLT.

E, de logo, registro que, no meu entender, para que haja a incidência da exceção prevista no inciso II do art. 62 da CLT, não basta a simples designação de gerente, chefe ou responsável para caracterizar o cargo ou função de confiança. São necessários poderes de gestão, representação e mando em grau mais alto do que a simples execução da rotina empregatícia, pela prática de atos próprios do empregador. Estes atos de gestão e de representação devem colocar o empregado de confiança em natural superioridade a seus colegas de trabalho, aproximando da figura do empregador, de tal modo que, ordinariamente pratique mais atos de gestão do que de mera execução, o que, contudo, não está atrelado ao poder de admitir, punir e demitir.

E justamente pela relevância da matéria e de forma a possibilitar uma prestação jurisdicional mais uniforme pelo Tribunal, entendo que restam preenchidos os pressupostos do art. 104-C do Regimento Interno deste Tribunal e do art. 976 do CPC/2015 para a instauração e análise do incidente (IRDR).

Voto, portanto, pela admissibilidade do processamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), e, no mérito, pela prevalência da tese jurídica de que para o enquadramento do empregado no art. 62, II, da CLT, são necessários poderes de gestão,



representação e mando em grau mais alto do que a simples execução da rotina empregatícia, pela prática de atos próprios do empregador, sem, contudo, implicar poderes irrestritos para admitir, demitir e punir empregados.

É o meu voto divergente.

Recife (PE), 26 de agosto de 2019.

Voto do(a) Des(a). SERGIO TORRES TEIXEIRA / Desembargador Sérgio Torres Teixeira

JUSTIFICATIVA DE VOTO DIVERGENTE - Desembargador Sergio

Torres Teixeira

Vou acompanhar a divergência lançada pela Des. Socorro.

Concordo com a tese de que o enquadramento de um empregado na regra excludente do artigo 62, II, da CLT, exige uma avaliação dos elementos fáticos presentes em cada caso concreto.

No entanto, como destacado pelo Relator, uma das quatro turmas do TRT adota a tese de que é "sine qua non a exigência de poderes para admitir e/ou demitir empregados" para proceder a tal enquadramento, enquanto a outras três turmas entendem que, independentemente da demonstração desses poderes citados, outros elementos podem autorizar a incidência da regra excludente. E tal quadro se apresenta, sim, como uma questão unicamente de direito de natureza controvertida.

Dentro de tal contexto, o Pleno pode sim admitir o presente IRDR, mas não para cumprir uma missão impossível de aprioristicamente definir quais os requisitos necessários para a incidência da regra excludente do artigo 62, II, da CLT, e sim para definir se a demonstração de poderes de admissão, dispensa e punição são imprescindíveis à respectiva caracterização.

Tal questão é, sem sombra de dúvida, uma questão unicamente de direito.

Voto, assim, pela admissibilidade do IRDR em tais termos.

