

PROBLEMÁTICA ORDINÁRIA TRABALHISTA

COMMON ISSUES IN LABOR LAW

José Pitas*

Resumo: O presente artigo aborda quatro questões: 1) horas extras; 2) Adicional de insalubridade e de periculosidade; 3) terceirização e 4) representação da empresa em juízo. Estas, parecem ser as questões comuns do dia-a-dia de uma Empresa. Na questão das horas extras, a preocupação principal é a exceção do art. 62 da CLT. Na questão do Adicional, a preocupação central é o impasse gerado em relação à base de cálculo da insalubridade. Quanto à terceirização, a tese do artigo é a garantia dos débitos da prestadora de serviços pela tomadora, independentemente, de ser terceirização ou não. E quanto à representação da empresa, em juízo, o importante é a inovação criada pela Lei Complementar n. 123/2006, pelo art. 54, que autoriza a representação por pessoa que não seja empregada.

Palavras-chave: Empregado doméstico. Trabalho externo. Jornada de trabalho. Adicional de insalubridade. Terceirização.

Abstract: These seem to be the common issues on the day-to-day of a company. On the Extra time subject, the main worry is the exception to article 62 of the CLT. On the subject Additional for Unhealthiness and Dangerousness the main worry is the impasse generated in relation to the calculation base for Unhealthiness. Regarding Outsourcing the thesis of the article is the guarantee of debts the third party rendering services by the company taking the services, independently of being outsourcing or not. Regarding Representation in the proceedings the important issue is the innovation created by the Additional Law, n. 123/2006, in the article n. 54, which authorizes representation per person not being employed.

Key words: Domestic Work. External work. Administration of own working journey. Base for calculating unhealthiness. Outsourcing. Representing micro or small company in proceedings.

* JOSÉ PITAS é Desembargador do Trabalho, titular da 12ª Câmara do TRT de Campinas, Professor Universitário e Membro da Academia Francana de Letras.

Sumário: 1 Introdução; 2 Das horas extras; 2.1 Trabalhador doméstico; 2.2 Trabalho externo - CLT, 62-I; 2.3 Cargo de confiança do art. 62-II, da CLT; 3 Do adicional de insalubridade e de periculosidade; 3.1 Base de cálculo do adicional de insalubridade; 3.2 Precauções em relação às condições insalubres ou perigosas; 4 Da terceirização; 5 Da representação da empresa em juízo – preposto.

1 INTRODUÇÃO

Observem um fato histórico.

O Mundo, hoje, tem cerca de sete bilhões de entes humanos, divididos por cerca de 300 países, o que daria cerca de 23 milhões para cada um. Cifra que seria boa para a administração. Contudo, temos país com um bilhão e trezentos milhões de pessoas (China) e país com menos de uma centena de pessoas (Vaticano).

Apesar disso, constata-se, o que é bom, que o Mundo vem evoluindo de regimes centralizados, ditatoriais, com o poder concentrado numa pessoa, geralmente o Rei, aquele que é o dono do executivo, do legislativo e do judiciário, para regimes democráticos, ou seja, aqueles em que o que vale não é o administrador, mas os administrados: o povo.

Hoje, o juiz, o parlamentar, o presidente, não são mais pessoas que se colocam à distância, como se fossem distintos, divinos, e, sim, são, na verdade, servidores do povo, funcionários públicos.

O primeiro conselho, se me permitem, falar, nestes termos, é que, o trabalhador deve ser tratado

com respeito à sua dignidade. Trabalhador e Empregador são faces de uma mesma moeda: são agentes unidos, igualmente, para o desenvolvimento econômico.

Na prática, isso significa que o desleixo no bom tratamento ao trabalhador pode desaguar na chamada "indústria das indenizações".

"...o trabalhador deve ser tratado com respeito à sua dignidade. Trabalhador e Empregador são faces de uma mesma moeda: são agentes unidos, igualmente, para o desenvolvimento econômico.

Na prática, isso significa que o desleixo no bom tratamento ao trabalhador pode desaguar na chamada "indústria das indenizações"."

2 DAS HORAS EXTRAS

2.1 Trabalhador doméstico

Antes de tudo, é bom observar que o parágrafo único do art. 7º da

Constituição Federal excluiu o Trabalhador Doméstico do direito às horas extras. Ainda que haja revelia, o julgador não pode condenar o empregador nesse título, porque a revelia faz presumir verdadeiros os fatos, mas não o direito, que deve ser livremente aplicado pelo julgador e, pensa o articulista, tratar-se-á de extinção do feito, sem resolução do mérito (é um dos casos de impossibilidade jurídica do pedido, por proibição tácita).

Dispõe a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhado-

res urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

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

Isso significa que a regra ordinária é pela existência de limitação da sobrejornada, sob a consequência de aplicação do inciso XVI respectivo (XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal;).

Outra consequência dessa constatação é que o ônus de eventual inexistência de horas deve pertencer ao interessado, no caso, o empregador.

A exceção ao disposto no inciso supra está assentada no art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, nos seguintes termos:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

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

cluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

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). (Incluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

2.2 Trabalho externo - CLT, 62 - I

Primeiramente vejam que, infelizmente, observa-se na prática que alguns empregadores, valendo-se do disposto no art. 62, inciso I, da CLT, exploram o trabalhador em sobrejornada, principalmente no caso de motoristas de transporte, para trabalho semelhante ao de escravo, sem a remuneração das horas extras. O problema não está só na exploração do trabalho extra, e sim, no dano à coletividade social, pelo perigo que vem a representar um motorista esgotado, dirigindo um caminhão.

Principalmente por esse quadro, a Justiça do Trabalho vem reconhecendo as sobrejornadas desses motoristas, com fundamento nos argumentos supra e no fato de que se torna possível exercer o controle das horas trabalhadas com base em monitoramento, por exemplo, por satélites ou por meios equivalentes, para os motoristas que viajam à distância e, por meio da quantidade de serviços, para os que viajam próximo.

É importante observar que a Lei estabelece para a exceção do tra-

balho externo os seguintes requisitos: a) atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho; b) tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados.

Como já explanado, o primeiro requisito fica neutralizado pela conduta de o empregador colocar nas mãos do trabalhador quantidade de trabalho que exija mais de oito horas diárias ou que o empregador possa, de alguma forma, controlar o trabalho externo. E, é claro, a existência de cartões de ponto ou anotações semelhantes.

O importante, que se deve aplicar também para o inciso II do art. 62 da CLT, é o fato elementar de que o trabalhador deve administrar sua própria jornada, trabalhando 2 horas num dia, trabalhando 14 horas noutro dia, ou coisa parecida. Claro é que nesta hipótese deve-se aplicar a exceção da inexistência de horas extras.

Acrescente-se mais que a exigência da segunda parte da CLT (Anotação na CTPS) referir-se a requisito de valor relativo, pois deve-se fazer prevalecer o Princípio da Realidade. Quer dizer, que não é só por isso que o trabalhador terá direito às horas extras. Isso significa que se não houver anotação na CTPS, no caso de dúvida o trabalhador terá direito às horas extras, com o devido respeito aos entendimentos diversos.

2.3 Cargo de confiança do art. 62-II, da CLT

A exceção do art. 62-II da

CLT prevê os seguintes requisitos:

a) gerente, diretor, chefe de departamento ou de filiais exercente do cargo de gestão;

b) salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função [se houver], superior ao salário dos subordinados em pelo menos 40%;

c) puder o exercente do cargo de confiança administrar sua própria jornada.

Chega-se às seguintes conclusões:

1ª - O cargo de confiança, submetido à exceção constitucional, será aquele pelo qual o trabalhador também tem a faculdade de administrar a própria jornada.

2ª - Diverge-se, *data venia*, daqueles que entendem que a exceção supra deve ser inaplicável aos bancários, por força da especialidade do § 2º do art. 224 c.c. art. 57 da CLT, pois, além do Princípio da Realidade, constata-se que o § 2º do art. 224 da CLT foi concebido estritamente em relação a seu *caput*. O 'cargo de confiança' é um requisito que, em tese, aplica-se a todo trabalhador. Depois, uma coisa é ser "gerentão" e outra coisa é ser simplesmente "gerente técnico".

3 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

3.1 Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade

Antes de tudo, é bom salientar que havia polêmica na Jurisprudência sobre a aplicação do salário

mínimo ou não, como base de cálculo da insalubridade.

Dispõe a última parte do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal:

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

IV - salário mínimo (...) sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

A questão foi parcialmente resolvida pela Súmula Vinculante n. 4 do STF, que assim enunciou:

Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Bem, não seria o caso de aplicação, no Direito do Trabalho, pois, como o STF estava decidindo ser base de cálculo de adicional de insalubridade, não correspondia, nem à vantagem, nem a fator de contribuição à inflação.

Contudo, o entendimento geral foi no sentido de que a Súmula n. 4 aboliu do Ordenamento Jurídico pátrio o uso do salário mínimo, como base de cálculo do adicional de insalubridade, pelo menos, nos termos da Súmula n. 228, com a nova redação dada pelo TST:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.
BASE DE CÁLCULO

(Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do STF, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Para se cumprir a Súmula Vinculante n. 4 foi adotado o salário-base, ante os seguintes fatos e fundamentos: a) não se trata de vantagem; b) o salário base está previsto em lei (CLT, 193, § 1º), ainda que por analogia; c) o julgador não pode deixar de decidir; d) a conversão do salário mínimo em reais contraria o *caput* do art. 7º da Constituição Federal, que garante direitos e não diminuição de direitos.

Contudo, houve mais confusão.

Com base na Súmula n. 4, juízes passaram a adotar a Súmula n. 228 do TST e quatro entidades de nível nacional conseguiram, por liminar, suspender a aplicação da Súmula n. 228 do TST, sob o fundamento de que a Justiça do Trabalho estava desobedecendo a Súmula Vinculante n. 4.

Em razão disso, há movimento, por exemplo da ANAMATRA, pedindo ao Presidente da República a edição de uma MP para definir a questão da base de cálculo do adicional de insalubri-

"...há movimento, por exemplo da ANAMATRA, pedindo ao Presidente da República a edição de uma MP para definir a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade, ante a presumível demora de solução do caso."

dade, ante a presumível demora de solução do caso.

3.2 Precauções em relação às condições insalubres ou perigosas

A Jurisprudência, pela Súmula n. 80, firmou entendimento de que:

INSALUBRIDADE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

Isso importa em dizer que a Jurisprudência não tem dado o mesmo tratamento em relação à periculosidade.

Em relação à insalubridade tem-se, ainda, a dizer:

1ª. Não basta entregar os EPs (Equipamentos de Proteção Individual). O Empregador tem a obrigação de ordenar o uso dos aparelhos, pelo trabalhador, sob pena de ele cometer falta trabalhista. Confira a Súmula n. 289 do TST:

INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO - Res. 121/2003, DJ 19 e 20, de 21.11.2003. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

2ª - Não é o que de iato possa existir de insalubridade ou peri-

culosidade que definirá o direito, e, sim, o que o Ministério do Trabalho tenha afirmado por meio das Normas Regulamentadoras (NRs), por força do disposto nos art. 154 e seguintes da CLT.

3ª - Ao trabalho intermitente, em condições de periculosidade não se observará o disposto no Decreto Regulamentador da respectiva lei, na forma da Súmula n. 361 do TST, *in verbis*:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIOS. EXPOSIÇÃO INTERMITENTE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei n. 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

4ª - Examinem, cuidadosamente, as NRs para cada caso.

4 DA TERCEIRIZAÇÃO

Observe-se que a Súmula n. 331 do TST, que introduziu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, encontra legitimidade, primeiramente, no art. 8º da CLT, que autoriza a aplicação da jurisprudência como fonte subsidiária na hipótese de lacuna de lei.

Veja, também, que o objetivo da Súmula não foi só o de dar amparo aos serviços terceirizados, em relação às tomadoras de serviços, que possam ter agido com culpa na escolha ou na fiscalização da prestadora de serviços, mas em re-

lação às situações em que não haja terceirização, também, bastando que haja a prestação de serviços, incluindo, com isto: vigilantes, trabalhadores em limpeza, trabalhadores em transporte, trabalhadores em obras, etc. Estas, com exceção, como vem decidindo a jurisprudência, em relação ao tomador individual, que não tenha finalidade de lucro, sem aplicação literal da OJ n. 191, *in verbis*:

DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE. Inserida em 08.11.00. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Há notícias de que a Súmula n. 331 está para ser alterada substituindo a responsabilidade subsidiária por responsabilidade solidária.

Entende o articulista ser importante, também, na hipótese da responsabilidade subsidiária, que se discuta, na fase de conhecimento, o esgotamento do patrimônio integral da responsável principal, inclusive de seus sócios, pois, alguns juízes de execução entendem que basta haver a primeira frustração em relação ao devedor principal para se executar o subsidiário e alguns prestadores

de serviços são formados para dar "o calote".

5 DA REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA EM JUÍZO - PREPOSTO.

Assim dispõe o art. 54 da Lei Complementar n. 123/2006:

É facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário(gn).

Esse artigo é importante ante o que dispõe a Súmula n. 377, *in verbis*:

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 99 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e

25.04.2005. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT. (ex-OJ nº 99 da SBDI-1 - inserida em 30.05.1997)

6 REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Vocabulário ortográfico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Bloch, 1981. 795 p.

ALMEIDA, Amador Paes de. CLT

comentada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 303-306

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Dicionário de questões vernáculas**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1988. 522p.

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum Universitário de Direito**. 5. ed. São Paulo: Jurídica Brasiliense, 2002. 1.322p.

AROUCA, José Carlos. **Comissões de Conciliação Prévias - Uma visão crítica**. *Revista LTr*, São Paulo, ano 64, p. 1.517-1.520, 2000.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. **Dicionário Analógico da Língua Portuguesa: idéias afins**. Brasília: Thesaurus, 1983. 685 p.

BRASIL. **Lei n. 8.966, de 27 de dezembro de 1994**. Altera a redação do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8966.htm#art1>.

CAMPANHOLE, Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976. 597p.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 480-482.

COSTA, Armando Casimiro; Ferrari, Irany; Martins, Melchíades Rodrigues. **CLT-LTRr**. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2007. 846p.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Di-**

cionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. 839 p.

CUVILLIER, Armand. **Pequeno vocabulário da língua filosófica**. Tradução e adaptação de Lólio Lourenço de Oliveira e J.B. Damasco Fenna. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961. 197 p. (Atualidades pedagógicas ; v. 82).

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa.: Meridiano, 1972, 672 p.

DICIONÁRIO JURÍDICO: planejado e organizado por J.M. Othon Sidou ; com a colaboração dos acadêmicos: A. Machado Paupério ... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária; Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1990. 601 p. (Biblioteca jurídica).

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 1.390 p. (3 v.)

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. coordenação e edição Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

FIGUERÔA JÚNIOR, Narciso. **As comissões de Conciliação Prévia e a Solução dos Conflitos Individuais**

- de Trabalho. São Paulo, *Revista LTr*, v. 66, p. 1.056-1.064, 2002.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (org.). *CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 553-559.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 674-680.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 342 p.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2.289p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.536 p.
- OLIVA, José Roberto Dantas. *Comissões de Conciliação Prévia: submissão obrigatória afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, p. 956-961, 2002.
- PITAS, José. *Lei de Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. 224p.
- RUSS, Jacquesline. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994. 382 p.