
PROBLEMÁTICA ORDINÁRIA TRABALHISTA

JOSÉ PITAS(*)

SUMÁRIO:

I – INTRODUÇÃO

II – DAS HORAS EXTRAS

1. Trabalhador doméstico
2. Trabalho externo - CLT, 62-I
3. Cargo de Confiança do art. 62-II, da CLT

III – DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

1. Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade
2. Precauções em relação às condições insalubres ou perigosas

IV- DA TERCEIRIZAÇÃO

V- DA REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA EM JUÍZO – PREPOSTO

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 artigo 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

Trabalho doméstico – Trabalho externo – Administração da própria jornada - Base de Cálculo da Insalubridade – Terceirização – Representação da Micro ou Pequena Empresa em Juízo.

I – 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 disto, 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, isto significa que o desleixo no bom tratamento ao trabalhador, pode desaguar na chamada “indústria das indenizações”.

II – DAS HORAS EXTRAS

1. Trabalhador doméstico

Antes de tudo, é bom observar que o § único do art. 7º da Constituição Federal excluiu do Trabalhador Doméstico, o direito às horas extras. No caso, ainda que haja revelia, o julgador não pode condenar o empregador, neste título, porque a revelia faz presumir verdadeiros os fatos, mas não o direito, que deve ser livremente aplicado pelo julgador, e, no caso, 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 trabalhadores 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;

Isto 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 à do normal;*).

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

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

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

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; [\(Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994\)](#)

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. [\(Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994\)](#)

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). [\(Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994\)](#)

2. Trabalho externo - CLT, 62-I

Primeiramente, vejam que, infelizmente, observa-se, na prática, que alguns empregadores, valendo-se do disposto, no artigo 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 perigo à coletividade social, pelo perigo, que vem a representar um motorista esgotado, dirigindo um caminhão.

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

É importante observar que a Lei estabelece, para a exceção do trabalho 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*) refere-se à requisito de valor relativo, pois, deve-se prevalecer o *Princípio da Realidade*. Quer dizer, que não é só por isto que o trabalhador terá direito às horas extras. Isto 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.

3. Cargo de Confiança do art. 62-II, da CLT

A exceção do artigo 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], for superior ao salário dos subordinados, em pelo menos, 40%;*
- c) *puder o exercente do cargo de confiança administrar sua própria jornada.*

Chegam-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 artigo 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 à todo trabalhador. Depois, uma coisa é ser “gerentão” e outra coisa é ser simplesmente “gerente técnico”.

III – DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

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 artigo 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 a 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 artigo 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 disto, 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.

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.

Isto 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 EPIs (Equipamentos de Proteção Individual), e, sim, 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, 20 e 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 fato possa existir de insalubridade ou periculosidade, 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 artigos 154 e seguintes da CLT.

3ª - Ao trabalho intermitente, em condições de periculosidade não 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.

IV- DA TERCEIRIZAÇÃO

Observe-se que a Súmula n. 331 do TST, que introduziu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, encontra legitimidade, primeiramente, no artigo 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 relação 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 para se substituir 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”.

V- DA REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA EM JUÍZO – PREPOSTO

Assim dispõe o artigo 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).

Este 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)

VI.BIBLIOGRAFIA

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

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.

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

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. Saraiva, 2007, p. 480-482

COSTA, de Armando Casimiro, Irandy Ferrari e de Melchíades Roderigues Martins. **CLT-LTr**, 34. ed. São Paulo: Ltr, 2007. 846p.

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

DICIONÁRIO ANALÓGICO de Francisco Ferreira dos Santos Azevedo. Brasília: Thesaurus, 1983. 685p.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO de Antônio Geraldo da Cunha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,

1982. 839p.

DICIONÁRIO DE FILOSOFIA de Jacquesline Russ. Tradução de Alberto Alonso Muñoz São Paulo: Scipione, 1994. 382

DICIONÁRIO JURÍDICO da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.601

DICIONÁRIO da Língua Portuguesa Novo Aurélio. Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, 2.128p.

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

FIGUERÔA JÚNIOR, Narciso. *As comissões de Conciliação Prévia e a Solução dos Conflitos Individuais de Trabalho*. Revista LTr Vol. 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, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 11.ed. 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.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 vol. 66, p.956-961, 2002

PITAS, José.**Lei de Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003. 224p.

SITE. WWW. planalto.gov.br(LEGISLAÇÃO/LEI).

VOCABULÁRIO DA LÍNGUA FILOSÓFICA, Pequeno de Armand Cuvillier. Tradução de Lólio Louren de Oliveira e J.B. Damasco Penna. São Paulo: Cia Nacional, 1969. p. 215

VOCABULÁRIO ORTOGRÁFICO DA LINGUA PORTUGUESA da Academia Brasileira de Letras. 3.ed. Rio de Janeiro: Block, 1999. 816p.

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

