



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

A C Ó R D ã O
(4.ª Turma)
GMMAC/r4/nn/rsr/h

AGRAVO DE INSTRUMENTO PATRONAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SALÁRIO POR EQUIPARAÇÃO. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. COMPENSAÇÃO. DESPACHO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista, pois subsistentes os seus fundamentos. **Agravo de Instrumento desprovido. RECURSO DE REVISTA OBREIRO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ACORDO COLETIVO. PROPORCIONALIDADE.** O entendimento contido no item II da Súmula n.º 364 desta Corte, que previa a possibilidade de se estabelecer o pagamento proporcional do adicional de periculosidade por meio de normas coletivas, foi cancelado, diante do atual posicionamento de que o referido adicional não pode ser transacionado, por constituir medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida no art. 193, § 1.º, da CLT. **Revista provida para determinar o pagamento de diferenças.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n.º **TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008**, em que é Agravante e Recorrida **OI S.A.** e Agravado e Recorrente **CARLOS ALTAIR DE LIMA** e Agravada e Recorrida **TELENTE - TELECOMUNICAÇÕES E ENGENHARIA LTDA.**

R E L A T Ó R I O

O Nono Regional, pelo acórdão a fls. 316/367, deu parcial provimento aos apelos ordinários do Obreiro e da segunda Ré.



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

Inconformado com o teor do julgado, o Reclamante procede à interposição de Recurso de Revista, segundo razões a fls. 370/377. Discorre quanto ao adicional de periculosidade e sua base de cálculo.

Também a Reclamada (OI S.A.) interpõe Recurso de Revista, a fls. 378/394.

Despacho de admissibilidade a fls. 419/434, em que admitido apenas o Recurso de Revista do Autor.

A Reclamada apresenta Agravo de Instrumento (a fls. 457/462).

Razões de contrariedade ofertadas pela Reclamada (a fls. 438/440).

Razões de contrariedade ofertadas pelo Reclamante (a fls. 483/489 - Recurso de Revista - e a fls. 490/495 - Agravo de Instrumento).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Agravo de Instrumento, pois preenchidos os seus pressupostos extrínsecos.

MÉRITO

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - SALÁRIO POR EQUIPARAÇÃO
- TRABALHO EXTERNO - CONTROLE DE JORNADA - COMPENSAÇÃO**

O Regional denegou seguimento ao Recurso de Revista, pelos seguintes fundamentos:



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

“PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade Solidária/Subsidiária.

Alegação(ões):

- contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 191 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

- violação do artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal.

- violação dos artigos 94 e 117 da Lei n.º 9.472/1997, 186 e 927 do Código Civil.

- divergência jurisprudencial.

A recorrente afirma que não pode ser responsabilizada subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas ao reclamante.

Fundamentos do acórdão recorrido:

‘(...) No presente caso, o contrato celebrado entre a Telenge e a Brasil Telecom S.A. tem como objeto a prestação de serviços de ‘engenharia, elaboração de projetos, implantação, manutenção e operação de redes de acessos, rotas de cabos ópticos, serviço de comunicação de dados e serviço ADSL’ (fl. 270).

Com relação ao empregado, restou demonstrado que exercia a atividade de supervisor de instalação e manutenção, consoante registro de empregado juntado à fls. 121.

A ré Brasil Telecom S.A. é uma empresa que tem por objeto a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, nos termos de seu Estatuto Social. Logo, tem-se que, a princípio, a atividade desenvolvida pelo reclamante, relacionada à instalação, insere-se na atividade-fim da 2.ª reclamada.

Considerando-se a função do autor e a atividade da segunda ré, bem como o objeto do contrato entre as reclamadas, percebe-se que se trata de terceirização ilícita, pois a atividade do autor se insere na subordinação estrutural da empresa. Com isso, tem-se que a segunda ré deve ser efetivamente responsabilizada, ante sua participação na terceirização ilícita havida, bem como devido ao aproveitamento do labor executado pelo autor.

Não se alegue que a segunda ré se equipararia à condição de ‘dono da obra’, não podendo lhe ser atribuída qualquer responsabilidade, pois tal hipótese não se aplica ao caso. Isso porque jamais existiu contrato de empreitada, mas, sim, de prestação de serviços entre a 1.ª e 2.ª reclamadas, não procedendo a alegação de que a 2.ª ré era ‘dona da obra’, sendo inaplicável a OJ n.º 191 do TST.

Ora, a hipótese da Orientação Jurisprudencial em comento é de caso de empreitada na qual se exime de responsabilidade a pessoa física que eventualmente realiza uma obra ou serviço, excluindo-se de tal isenção a atividade prestada para empresa construtora ou incorporadora. Nota-se, pela exceção prevista na OJ, a intenção de se eximir de responsabilidade apenas uma situação específica, que está longe da situação da presente demanda, que



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

trata de prestação de serviços à empresa de grande porte, como é a Recorrente.

Igualmente, não há de se falar em terceirização com base na Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), pois não se pode admitir que os direitos trabalhistas resem afastados de responsabilização quando se trata de atividade-fim da empresa. Nesse sentido, os seguintes julgados do TST:

Em suma, atenta aos fundamentos constitucionais da República, à polissemia da palavra -inerente-, à natureza da norma em exame, ao princípio da isonomia, à necessidade de observância do objeto social da pessoa jurídica e da função social da empresa, bem como à luz do conceito de subordinação objetiva e dos princípios informadores do Direito e, em especial do Direito do Trabalho, e à própria compatibilização que entre eles se impõe, ratifico minha conclusão no sentido de que o art. 94, II, da Lei 9.472/97 não autoriza a terceirização no pertinente à atividade-fim das concessionárias de telecomunicações. (RR TST-RR-46400-64.2008.5.03.0008. ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA. DEJT 28/05/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A TOMADORA DE SERVIÇOS. Não configurada violação dos arts. 93 e 94, II, da Lei Geral de Telecomunicações - LGT, porquanto dispõem sobre a regra geral aplicável a todas as empresas que operam no ramo de telecomunicações mediante concessão, não definindo que a atividade de atendimento aos clientes da Telemar Norte Leste S.A. não se insere na sua atividade-fim, o que somente poderia ser verificado por meio do exame do seu Estatuto Social, procedimento vedado pela incidência da Súmula 126 do TST. Ademais, consoante o quadro fático-probatório delineado nos autos, verifica-se que a decisão regional, ao declarar a ilicitude da contratação do Reclamante em face da contratação de empresa interposta para realização de atividade-fim da Telemar Norte Leste S.A., nos termos do art. 9.º da CLT, decidiu em consonância com os termos da Súmula 331, I, do TST. Agravo de Instrumento não provido.-(TST-AIRR-133440-40.2006.5.03.0110, Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2.ª Turma, DEJT 12.3.2010)

Ressalta-se, ainda, que a possibilidade de contratação de terceiros prevista na Lei 9.472/97 (arts. 94, II e 117) não afasta a possibilidade de verificação da existência de fraude na terceirização, como foi o caso dos autos, sendo então declarada a responsabilidade da ré.

Ademais, também para se evitar embargos procrastinatórios, a responsabilidade subsidiária reconhecida não viola o art. 5.º, II da CF, pois, uma vez verificado que a empresa se beneficiou dos trabalhos prestados pelo autor, não podendo ter terceirizado os serviços, deve responder pelos créditos derivados de tal relação. Não fosse assim, estar-se-ia admitindo o enriquecimento ilícito bem como a terceirização de atividade-fim do empreendimento, o que não é possível em nosso ordenamento jurídico.



PROCESSO N° TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

Dessa forma, novamente para se evitarem embargos, destaco que não restam violados o art. 333, I, do CPC, artigos 2.º, 3.º e 818 da CLT, bem como a Súmula 331, IV, do TST.

O mesmo se diga com relação aos artigos 334, I, 348 e 350, todos do CPC, já que não se verifica a ocorrência de confissão do autor ou de fato notório, na presente hipótese. Outrossim, não há ofensa à Lei n.º 6.019/74, vez que esta trata da hipótese de trabalho temporário, sendo que no feito houve contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Por fim, declaro que todos os dispositivos legais invocados ficam, desde já, prequestionados.

Dessa forma, ilícita a terceirização, devida seria a declaração de vínculo direto com a segunda ré, nos moldes do inc. I, da Súmula 331, do TST. Contudo, ante a ausência de recurso da parte autora neste sentido, limito-me à declaração de sua responsabilidade solidária.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da segunda Reclamada e **DOU PROVIMENTO** ao recurso do autor, para fixar a responsabilidade solidária das rés.’

O entendimento da Turma está assentado no substrato fático-probatório acima exposto. Nesse passo, para se chegar a uma conclusão diversa seria necessário revolver fatos e provas, propósito insuscetível de ser alcançado nessa fase processual, à luz da jurisprudência firmada na Súmula 126 do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Segue-se que as assertivas recursais não encontram respaldo na moldura fática retratada na decisão recorrida, afastando a tese de violação dos preceitos da legislação federal e Constituição, bem como a divergência jurisprudencial.

No que concerne à violação do artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, inviável o seguimento do recurso, na medida em que a afronta a dispositivo da Constituição Federal, autorizadora do conhecimento do Recurso de Revista, é aquela que se verifica de forma direta e literal, nos termos do artigo 896, alínea ‘c’, da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo indispensável, portanto, que trate especificamente da matéria discutida. Nesse passo, não socorre a Recorrente a invocação de preceitos que nada dispõem sobre tema em discussão.

Por derradeiro, não se vislumbra contrariedade à OJ 191, por inaplicável à hipótese dos presentes autos.

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Salário/Diferença Salarial / Salário por Equiparação/Isonomia.

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) n.º 6 do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

- violação do(s) artigo(s) 461 e 818 da CLT, e 333, inciso II, do CPC.

A recorrente discorda da condenação ‘ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de equiparação salarial’.

Fundamentos do acórdão recorrido:



PROCESSO N° TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

‘(...) Diga-se, de início, que a denominada equiparação salarial constitui-se num dos expoentes do princípio maior da igualdade salarial, assegurado constitucionalmente (art. 7.º, inciso XXX).

No plano infraconstitucional, determina o art. 461, caput, da CLT, que: ‘Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade’ (destaquei). Segundo o §1.º do citado dispositivo, trabalho de igual valor é aquele feito com igual produtividade e perfeição técnica, entre empregados que não tenham diferença de tempo de serviço superior a 2 (dois) anos. Frise-se que tais requisitos devem verificar-se de forma concomitante, de tal sorte que a ausência de qualquer deles afasta a caracterização da equiparação salarial.

Já em relação ao ônus da prova, este se subdivide em dois.

De acordo com os arts. 818, da CLT, e 333, inciso I, do CPC, e Súmula n.º 6, inciso VIII, do C. TST, a parte autora é quem deve provar os fatos constitutivos do seu direito, in casu, a identidade funcional e a simultaneidade da prestação de serviços com o paradigma, fatos que, por questão de lógica, devem ser objeto de comprovação preferencial àqueles incumbidos à parte contrária. Por sua vez, à reclamada cumpre demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão, quais sejam, as diferenças de produtividade, de perfeição técnica e de tempo de serviço.

Esclareça-se que, para fins de isonomia, exige-se a igualdade de funções, ou seja, mesmas tarefas e misteres. A classificação dos cargos tem relevância apenas na distribuição do ônus da prova. Assim, se os cargos forem iguais, caberá ao empregador demonstrar que as funções não são as mesmas. Do contrário, havendo cargos diferentes, a prova da igualdade de atribuições é do empregado.

Fixadas tais balizas, passo a analisar o caso concreto.

Na exordial, o autor alegou que, como supervisor, exercia as mesmas funções que o paradigma Milton Bueno, recebendo remuneração cerca de 70% inferior. As rés, em defesa, afirmaram que o Reclamante e o paradigma exerciam atividades distintas, bem como que o Sr. Milton prestava serviços com maior qualidade e perfeição técnica.

Nos autos de prova emprestada, a testemunha indicada pela parte autora, Sr. Jairton, afirmou:

‘1) trabalhou para a primeira ré de abril de 2001 a junho de 2008 como supervisor; 2) sempre laborou na cidade de Curitiba, sempre supervisor no setor de instalação, com uma equipe de 15 a 20 subordinados; 3) o autor laborava no mesmo setor, mas com equipe diferente; 21) que o paradigma Milton Bueno supervisionava o mesmo setor tanto do depoente quanto do autor, mas cada um tinha sua própria equipe; 22) que a equipe de Milton Bueno era em número semelhante; 44) tanto o depoente quanto o autor eram subordinados ao coordenador chamado Bergson, e o mesmo ocorria com o paradigma Milton;’ - grifei.



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

A testemunha Claudio, indicada pela ré, nada informou acerca do tema.

De acordo com os registros de empregados a fls. 121 e 165, verifica-se que o autor foi admitido em 01/06/2000 como supervisor, enquanto que o paradigma foi contratado em 04/09/2001 também para o cargo de supervisor. Dessa forma, em havendo identidade de cargos, o ônus de comprovar a diversidade de funções passa à reclamada, por se tratar de fato impeditivo do direito do autor. Contudo, não foi produzida qualquer prova nesse sentido, nem mesmo acerca da alegada maior perfeição técnica do paradigma.

Apenas o Sr. Jairton prestou informações acerca da questão, tendo esclarecido que tanto o depoente, como o autor e o Sr. Milton Bueno trabalhavam como supervisores, tendo cada qual a sua equipe, no mesmo setor de instalação. Ainda, aduziu que estavam todos subordinados ao coordenador Bergson e que as equipes de trabalho possuíam número semelhante de subordinados.

Inexistem provas, assim, que amparem a tese da Recorrente, vez que nem sequer ouviu testemunhas sobre o tema, sendo que a prova documental apresentada lhe é desfavorável, como visto.

Pelo exposto, a decisão deve ser mantida no ponto em que deferiu ao autor diferenças salariais por equiparação, razão pela qual **NEGO PROVIMENTO.**

O entendimento da Turma está assentado no substrato fático-probatório acima exposto. Nesse passo, para se chegar a uma conclusão diversa seria necessário revolver fatos e provas, propósito insuscetível de ser alcançado nessa fase processual, à luz da jurisprudência firmada na Súmula 126 do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Segue-se que as assertivas recursais não encontram respaldo na moldura fática retratada na decisão recorrida, afastando a tese de violação dos preceitos da legislação federal e a contrariedade à diretriz jurisprudencial invocada.

Duração do Trabalho / Trabalho externo.

Alegação(ões):

- violação dos artigos 62, inciso I, e 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, e 333, inciso II, do Código de Processo Civil.
- divergência jurisprudencial.

A recorrente insurge-se contra a condenação a pagar horas extras, argumentando que a Reclamante exercia atividade externa incompatível com o controle de jornada.

Fundamentos do acórdão recorrido:

‘(...) Nos termos do art. 62, II, da CLT, não se submetem à controle de jornada de 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’. O parágrafo único, desse mesmo artigo, regula: ‘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



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento)'

Assim, considerando que a regra é a submissão do empregado à jornada pré-determinada de trabalho (art. 58, da CLT), mediante controle administrado pelo empregador (art. 74, da CLT), para que se configure a exceção prevista no art. 62, II, da CLT, deve-se demonstrar que o empregado detém confiança diferenciada dos demais empregados por parte de seu empregador, circunstância esta que se infere do conteúdo ocupacional e das atribuições do trabalhador.

A prova desses elementos incumbe ao empregador, nos termos do art. 333, II, do CPC, porquanto se trata de fato impeditivo do direito do autor de receber as horas extras.

O marco diferenciador entre as duas espécies de empregado reside num quadro típico de fidúcia acima da média que ordinariamente caracteriza todas as relações entre empregado e empregador. Tal quadro exterioriza-se sob várias vertentes, como na autonomia da atuação do empregado, nas medidas diretivas que são tomadas no cotidiano do trabalho, no cunho decisório externado nas opções importantes que se apresentam ao empregado e nas quais fica patente uma certa substituição do próprio empregador.

Já com relação à exceção prevista no inc. I do art. 62, da CLT, tem-se que serviços externos são aqueles cuja execução se materializa de forma tal que o empregado não se mantém sob fiscalização permanente do empregador.

O controle do trabalho do empregado, em sentido amplo, é da própria essência do contrato de emprego, configurando-se, mesmo, decorrência lógica do imprescindível elemento subordinação que o compõe, marco separador entre tal espécie de relação e as atividades ditas autônomas. Assim, é verdade que mesmo os empregados que realizam seu labor em ambiente externo, não estão a salvo de alguma espécie de controle, sob pena de descaracterização da própria natureza do contrato.

Contudo, a espécie de controle a que estão sujeitos os empregados externos normatizados pelo artigo 62, I, da CLT, não reside no campo da fiscalização de jornada, razão pela qual se encontram expressamente excepcionados das regras gerais sobre duração do trabalho, conforme o citado artigo.

Assim, o trabalhador externo, via de regra, não faz jus ao recebimento por labor em jornada suplementar, diante das naturais condições em que seu trabalho é exercido, ou seja, fora das vistas do empregador.

Não se está a fixar, de forma absoluta, a impossibilidade de deferimento de horas extras a todo e qualquer trabalhador externo. De maneira alguma. Elas serão devidas, desde que e se demonstrado que o empregado esteja subordinado a um efetivo controle de horário, controle este advindo da existência de fiscalização de jornada e que, por evidente, houve labor em sobrejornada.

Feitas estas considerações, passo à análise do caso em apreço.



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

No que pertine à prova oral, a testemunha indicada pelo autor, Sr. Jairton, informou:

‘1) trabalhou para a primeira ré de abril de 2001 a junho de 2008, como supervisor; 2) sempre laborou na cidade de Curitiba, sempre supervisor no setor de instalação, com uma equipe de 15 a 20 instaladores; 3) o autor laborava no mesmo setor, mas com equipe diferente; 5) o depoente ficava metade do tempo executando trabalhos externos e metade internamente, sendo que o mesmo ocorria com o autor; 6) internamente solicitava material para os técnicos, entrava no sistema para acompanhar o serviço, recolhia documentos exigidos pela segunda ré em cada instalação, sendo basicamente isso o serviço; 7) o coordenador fiscalizava a jornada do depoente, ficando junto quando o depoente iniciava e encerrava sua jornada, sendo que o mesmo ocorria com o autor; 9) diariamente tanto o depoente como o autor compareciam na empresa de manhã para iniciarem a jornada e também no fim da tarde quando concluíam a jornada; 10) o depoente cumpria jornada das 07h00 às 19h30, com intervalo de 30 minutos, de segunda a segunda, folgando apenas 2 domingos por mês; 11) que em 2 ou 3 dias na semana trabalhava até um pouco mais tarde, entre 21h/22h; 12) esta mesma jornada era cumprida pelo autor; 13) não almoçava junto com o autor e não sabe como era seu intervalo; 15) que o coordenador fazia uma escala de plantão pela qual o depoente ficava a disposição da empresa 24 horas por dia de sexta a sexta, esclarecendo que o plantão se iniciava às 19h30 de uma sexta e terminava no mesmo horário da sexta feira seguinte; 16) essa escala gerava uma semana de plantão por mês, e o mesmo ocorria com o autor; 18) que ao todo recebia 2 a 3 chamados durante toda a semana, sendo que cada chamado demorava de 2 a 3 horas para ser atendido em média; 33) que entre 2001 e 2003 o depoente anotava um cartão ponto, mas nele não constava horários reais de trabalho e o mesmo ocorria com o autor; 38) que não era possível ir de sua casa para atender um serviço a campo antes de passar na empresa; 39) que no fim da jornada tinha que passar pela empresa antes de ir embora para casa; 40) não era possível mandar um substituto quando era acionado para atender chamados quando estava de sobreaviso; 43) o depoente tinha de 15 a 20 subordinados, o mesmo ocorria com o autor; 44) tanto o autor como o depoente eram subordinados ao coordenador Bergson e o mesmo ocorria com o paradigma Milton;’ - grifei.

A testemunha Claudio Eliomar das Neves, de seu turno, mencionou:

‘1 - trabalha na 1.^a ré desde 2000, na função de supervisor, em Curitiba; 2 - que o depoente coordena uma equipe de trabalho; 3 - que o depoente comparecia na empresa na parte da manhã para verificar a execução do serviço; 4 - que o depoente trabalha das 08h às 18h00, com 1h30/2h de intervalo, de segunda a sexta; 5 - que não trabalha aos sábados, domingos e feriados; 7 - que o sistema de controle de serviços realizados é a URA, sistema automático em que o instalador colhe o serviço e dá baixa do serviço; 8 - que no final do dia nenhum membro da equipe precisa ligar para o supervisor para dizer que o serviço foi realizado; 9 - que o supervisor não precisa aguardar na empresa o término do serviço; 11 - que existe plantão



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

uma vez por semana apenas em sábados e domingos; 17 - que não tinha controle de horário formal; 24 - que o horário indicado pelo depoente é o praticado por todos os empregados, não sabendo se o Reclamante chegava antes ou depois;’ - grifei.

Analisando-se a prova oral supra, conclui-se que a ré não se desincumbiu a contento de seu ônus probatório quanto ao alegado cargo de confiança ocupado pelo autor, nem mesmo quanto à realização de trabalho externo.

Com efeito, nada foi dito, na instrução, acerca de eventuais poderes de mando ou gestão que o autor detivesse na Reclamada, ou sobre a possibilidade de tomar decisões cotidianas sem a necessidade de se reportar a algum superior, atuando em substituição à empresa. Em que pese supervisionasse equipe com certo número de instaladores, não há sequer indícios de que pudesse admiti-los, demiti-los ou aplicar punições, sendo que o simples fato de possuir subordinados, por si só, não significa que possuísse poder de mando na ré, menos ainda que esta depositasse sobre o empregado a especial fidúcia caracterizadora do cargo de gestão. O que se verifica, na verdade, é que o coordenador, de fato, controlava a jornada dos supervisores, ao qual estavam subordinados e deviam satisfações.

Ao contrário do que alega a Recorrente, verifica-se inexistirem provas de que o autor tivesse amplos poderes de mando e gestão, capazes de influir no norte da empresa. Não há indicativo algum de que o Reclamante pudesse substituir o empregador em determinadas ocasiões ou tomar decisões por sua própria conta e risco, não havendo justificativas para seu enquadramento na exceção do art. 62, II, da CLT.

Ademais, consoante asseverado pelas testemunhas, os supervisores tinham que comparecer na ré pela manhã, antes do início da prestação de serviços. Igualmente, segundo Jairton, tinham que retornar à empresa no final da jornada, para somente então poderem ir para casa. Outrossim, metade da jornada era realizada internamente, ocasião em que o supervisor fazia a solicitação de material para os instaladores, acompanhava serviços pelo sistema e recolhia documentos. Ainda, havia fiscalização por parte do coordenador quanto ao início e término da jornada. Ressalte-se, por fim, que à fls. 23 foi apresentado cartão-ponto da testemunha Jairton, que era supervisor, no qual estão anotados horários de entrada, saída e intervalo.

Tais situações, assim, evidenciam que era plenamente possível à reclamada o controle de horário dos supervisores, não havendo qualquer justificativa para a ausência de registro em cartões-ponto. Não há de se falar, dessa forma, em realização de atividade externa incompatível com a fixação de jornada, apta a inserir o autor na hipótese do inc. I, do art. 62, da CLT.’

Mais uma vez, o entendimento da egr. Turma está assentado no substrato fático-probatório acima exposto. Nesse passo, para se chegar a uma conclusão diversa seria necessário revolver fatos e provas, propósito insuscetível de ser alcançado nessa fase processual, à luz da jurisprudência firmada na Súmula n.º 126. Segue-se, daí, que as alegações recursais não encontram respaldo na moldura fática retratada na decisão recorrida,



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

afastando as teses de violação de disposições da legislação federal e de divergência entre julgados.

DIREITO CIVIL / Obrigações / Adimplemento e Extinção / Compensação.

Alegação(ões):

- contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 415 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

- divergência jurisprudencial.

A recorrente alega que a compensação dos valores pagos deve-se fazer pela totalidade dos valores pagos e não mês a mês.

Fundamentos do acórdão recorrido:

‘(...) A recorrente postula seja determinada a observância do critério global quanto ao abatimento de valores já pagos.

Sem razão.

Com efeito, verifico que a única condenação com relação à qual poderia a Reclamada pretender o abatimento de importes quitados é aquela referente a horas extras. Contudo, de acordo com a ficha financeira a fls. 129 e seguintes, constato que o autor jamais recebeu horas extras, não havendo, dessa forma, valores a serem compensados.

NADA A PROVER.’

Diante da conclusão da Turma de que não há valores a serem compensados, a análise do Recurso de Revista, neste tópico, fica prejudicada.

CONCLUSÃO

Denego seguimento.”

A parte agravante sustenta que, ao contrário do posicionamento adotado no despacho denegatório, ficaram configuradas as hipóteses previstas no art. 896 da CLT, capazes de autorizar o processamento do seu Recurso de Revista.

Entretanto, os argumentos lançados no Agravo de Instrumento não demonstram nenhuma incorreção no entendimento adotado no despacho atacado, cujos fundamentos são aqui tomados como razões de decidir.

Por esses motivos, merece ser mantido o despacho agravado, por seus próprios fundamentos.

Em síntese e pelo exposto, conheço do Agravo de Instrumento e, no mérito, nego-lhe provimento.

RECURSO DE REVISTA DO AUTOR



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os requisitos legais de admissibilidade, conheço do Recurso de Revista do Autor.

CONHECIMENTO

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – PAGAMENTO PROPORCIONAL

- ACORDO COLETIVO

O Regional negou provimento ao Recurso Ordinário obreiro, relativo à condenação ao recebimento do adicional de periculosidade, sob os seguintes fundamentos:

“O laudo pericial a fls. 462 e seguintes atestou a existência de periculosidade nas atividades desenvolvidas pelo autor. Os ACT's firmados com a primeira ré preveem o pagamento de adicional de periculosidade no importe de 1,11% para os supervisores.

Com efeito, deve ser respeitado o disposto nos ACT's firmados entre a primeira ré e o SINTIITEL, no sentido de que o adicional de periculosidade deve observar percentuais próprios (conforme cláusula 23, a fls. 229-verso).

Oportuno relembrar que, a partir da Carta Magna de 1988, os acordos alçaram grandeza constitucional, materializando interesses coletivos cuja defesa cabe aos sindicatos (artigo 8.º, III, da CF), que devem participar necessariamente das negociações (artigo 8.º, VI, também da CF). Desse modo, desde que sejam respeitados os princípios da democracia e da legalidade (artigos 1.º e 5.º, II, da CF), não se pode declarar sua ineficácia por inconformismo meramente individual, para negar ou restringir seus efeitos. Reconhece-se, nesse contexto, a autonomia coletiva de vontades (pacta sunt servanda), até mesmo porque expressamente estipulado no artigo 7.º, inciso XXVI, o ‘reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho’.

Nesse passo, o aferimento da favorabilidade ou desfavorabilidade das condições pactuadas não deve ser realizado a partir de cláusulas isoladamente consideradas, mas sim do conjunto global da negociação, atendendo-se, assim, à teoria da incindibilidade ou do conglobamento.

Ademais, verifica-se que o inc. II da Súmula 364 do TST foi cancelado através da Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011, não havendo de se falar em contrariedade a referido dispositivo sumular.

A norma coletiva dispõe que o adicional será pago em percentuais diferentes, dependendo da função exercida. Para supervisor, fixa o percentual de 1,11%, exatamente aquele que a parte autora afirma ter recebido na prefacial (fl. 11). Contudo, as fichas financeiras a fls. 129 e



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

seguintes demonstram que o Reclamante apenas passou a receber o adicional sob comento em dezembro de 2006, motivo pelo qual a condenação deve ser restringida ao período de 16/07/2005 (prescrição) a novembro de 2006.

Acerca da base de cálculo, esclareço que a remuneração como base de cálculo do adicional de periculosidade é restrita à categoria dos eletricitários, sendo que apenas a estes se aplica o disposto na Lei 7.369/85. O autor, no entanto, não era eletricitário, razão pela qual a ele se aplica o que dispõe a Súmula 191 do C. TST, primeira parte, que fixa para os empregados não eletricitários o 'salário básico' como parâmetro a ser utilizado no cálculo do valor devido a título do adicional em questão, tal como deferido em sentença.

Ainda, consoante decidido no tópico 'c' supra, não restou reconhecido o pagamento de verba produtividade 'a latere', não havendo de se falar em sua integração à remuneração para efeitos de incidência do adicional de periculosidade.

Por fim, apenas para evitar Embargos de Declaração, ressalto que a presente decisão, quanto à adoção do percentual convencional, não afronta o §1.º, do art. 193, da CLT, tendo em vista que o art. 7.º, XXVI, da Constituição expressamente prevê o reconhecimento das normas coletivas, vez que entabuladas em prol de empregados e empregadores, não podendo ser desconsideradas, como já dito, pelo inconformismo da parte com uma de suas cláusulas. Com relação às OJ's 347 e 406, esclareço não haver violação, já que o Reclamante (supervisor) recebeu adicional de periculosidade, mesmo não concordando com seu percentual.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso da parte autora e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré, para restringir a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade ao período de 16/07/2005 (prescrição) a novembro de 2006, considerado o percentual convencional de 1,11%."

O Agravante entende fazer jus ao adicional em questão. Inicialmente, invoca o teor das OJs n.ºs 347 e 406 da SBDI-1, alegando que, na sua atividade laboral, também tem direito ao recebimento do adicional de periculosidade. Traz arestos para confronto, indicando, em sua fundamentação, contrariedade ao teor da decisão regional que declarou válida cláusula de instrumento normativo coletivo que fixou o percentual relativo à periculosidade em percentual menor do que o legalmente previsto. Diz violados os artigos 1.º, III e IV, 6.º, 7.º XXII, 170, *caput* e VIII, e 196 da Constituição Federal, bem como os artigos 193 da CLT e 1.º da Lei n.º 7.369/85.

O precedente a fls. 373, oriundo do 3.º Regional, autoriza o processamento da Revista, ao contemplar entendimento



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

contrário ao do Regional, no tocante à redução do percentual da periculosidade.

Logo, conheço do Apelo, por divergência jurisprudencial.

MÉRITO

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - ACORDO COLETIVO - PROPORCIONALIDADE

O art. 193, § 1.º da CLT disciplina que o trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o salário básico, de forma a compensar monetariamente o risco a que está exposto.

Tendo por base esse entendimento, esta Corte, revendo seu posicionamento, cancelou o item II da Súmula n.º 364, por meio da Resolução n.º 174, de 24/5/2011, que previa a possibilidade de se estabelecer o pagamento proporcional do adicional de periculosidade por meio de normas coletivas. Diante do atual posicionamento, de que o referido adicional não pode ser transacionado, por constituir medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, bem como norma de ordem pública, inválida a cláusula de Acordo ou Convenção Coletiva de trabalho que contempla a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal. Neste sentido, os seguintes precedentes:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO EM PERCENTUAL INFERIOR AO PREVISTO EM LEI, AJUSTADO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA N.º 364 DO TST. As condições de trabalho podem ser negociadas coletivamente pelos sindicatos representativos das categorias profissional e econômica, devendo ser dado amplo reconhecimento às convenções e aos acordos coletivos de trabalho decorrentes, por força de mandamento constitucional contido no artigo 7.º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988. No entanto, as negociações coletivas encontram limites nas garantias, direitos e princípios instituídos pela mesma Carta Magna e que são intangíveis à autonomia coletiva, tais como as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, que tutelam a vida e a saúde do empregado. Ou seja, se a Constituição da República assegura a todos os trabalhadores, no inciso XXII do mesmo artigo 7.º, a existência de normas de



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

saúde, higiene e segurança no trabalho capazes de reduzir os riscos inerentes à atividade laboral, as normas coletivas de trabalho decorrentes de negociação coletiva não podem, pura e simplesmente, eliminar ou reduzir os direitos previstos em lei ligados a essas matérias. Esta, aliás, foi a *ratio decidendi* dos vários precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial n.º 342, item I, da SBDI-I desta Corte, *in verbis*: -INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO . PREVISÃO EM NORMA COLETIVA . INVALIDADE. [...] I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7.º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.- Neste contexto, considerando que o adicional de periculosidade também constitui direito vinculado à saúde e à segurança do trabalho, assegurado por norma de ordem pública, nos termos dos artigos 193, § 1.º, da CLT e 7.º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, o direito ao seu pagamento integral (isto é, pelo percentual de 30% do valor mensal da base de cálculo salarial devida) não pode ser objeto de nenhuma redução ou limitação por negociação coletiva, diante do seu caráter indisponível. Exatamente por isso, os Ministros componentes do Tribunal Pleno desta Corte, em decorrência dos debates realizados na denominada ‘Semana do TST’, no período de 16 a 20/05/2011, decidiram, em sessão realizada no dia 24/05/2011 e por meio da Resolução n.º 174, da mesma data (DJe de 27/05/2011, p. 17 e 18), cancelar o item II da Súmula n.º 364, que permitia a possibilidade de fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. Desse modo, não havendo, na decisão recorrida, informação de que os reclamantes estavam expostos à condição de risco de forma apenas eventual, assim considerado o fortuito, ou por tempo extremamente reduzido, fazem eles jus ao pagamento do correspondente adicional, nos exatos termos da lei, ou seja, à razão do percentual de 30% do valor salarial mensal legalmente fixado como sua base de cálculo, já que o contato intermitente, e não só o contato permanente com as condições de risco, também gera o direito ao adicional, nos termos do item I da mesma súmula, cujo teor foi, em sua essência, mantido na citada resolução. Recurso de embargos não conhecido” (E-ED-ED-RR-756528-40.2001.5.23.0004, A. SBDI1, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 9/9/2011.)

“RECURSO DE EMBARGOS NÃO REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO PROPORCIONAL AO TEMPO DE EXPOSIÇÃO AO RISCO. PREVISÃO EM NORMACOLETIVA. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364 DO TST. O fundamento consignado no acórdão da Turma noticia que o indeferimento do pleito de diferenças do adicional de periculosidade tomou



PROCESSO Nº TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

por base tão somente a existência de negociação coletiva, prevendo a redução do pagamento da parcela. Com efeito, com o cancelamento do item II da Súmula 364 do TST, essa circunstância não mais configura impedimento à pretensão obreira. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR-713999-49.2000.5.17.0001, Ac. SBDI1, Relator: Ministro Augusto César Leite Carvalho, DEJT 2/9/2011.)

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364 DO TST. DECISÃO TURMÁRIA QUE CONHECE DO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA POR CONTRARIEDADE A ITEM SUMULAR POSTERIORMENTE CANCELADO. O Tribunal Superior do Trabalho, em composição plenária, sessão realizada no dia 24 de maio de 2011, cancelou o item II da Súmula 364/TST e conferiu nova redação ao item I. Ora, o cancelamento do aludido item II, que expressamente autorizava a fixação, em norma coletiva, de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, coaduna-se com o entendimento desta Corte de que a matéria relativa ao adicional de periculosidade insere-se na classe dos direitos indisponíveis do trabalhador, aqueles referentes à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, já que possibilitam a preservação da higidez física e mental do empregado no exercício diário das suas atividades. Tanto é assim, que o disciplinamento consolidado referente às atividades insalubres ou perigosas está nos artigos 189 a 197, Seção XIII, inserida no Capítulo V, que precisamente diz respeito à -SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO-. Nesse contexto, - assim como já direciona a OJ-SBDI1-TST-342 em relação ao intervalo intrajornada - é inválida cláusula de norma coletiva que reduz para alguém do percentual fixado em lei o adicional de periculosidade. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-ED-RR-189500-07.2005.5.15.0022, Ac. SBDI1, Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 19/8/2011.)

Diante do que foi acima consignado, deve ser provido o Recurso de Revista obreiro, considerando-se o pagamento das diferenças relativas ao adicional de periculosidade, este último no importe de 30%, com os devidos reflexos legais, observados os ditames da OJ n.º 279 da SBDI-1 do TST.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - conhecer do Agravo de



PROCESSO N° TST-ARR-872-68.2010.5.09.0008

Instrumento da Reclamada, e, no mérito, negar-lhe provimento; II - conhecer da Revista obreira, por divergência jurisprudencial, no tocante ao pagamento proporcional do adicional de periculosidade e, no mérito, dar-lhe provimento para deferir o pagamento das diferenças relativas à parcela em questão, a ser apurada segundo o percentual de 30%, bem como os reflexos legais, observados os ditames da OJ n.º 279 da SBDI-1 do TST.

Brasília, 11 de Junho de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

MARIA DE ASSIS CALSING

Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000AF2ECDD83D7BAA.