



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO

PROCESSO n° 0000772-65.2016.5.23.0121 (RO)

RECORRENTE: TELEMONT ENGENHARIA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A

RECORRIDO: TIAGO DUQUES MENDES

RELATOR: TARCÍSIO VALENTE

EMENTA

HORAS DE SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO. O sobreaviso consiste na possibilidade de o empregado permanecer em sua residência ou outro local combinado aguardando ordens da empresa, caso em que receberá apenas 1/3 da hora normal. Ainda, o fato de o empregado usar o telefone celular da empresa, por si só, não caracteriza a realização de sobreaviso, pois a mera utilização de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa não é fato suficiente a comprovar sua existência, visto que não revelam o cerceamento da liberdade de locomoção do empregado. Todavia, se restar comprovado que, mesmo à distância, o obreiro estava sujeito ao controle patronal, permanecendo em regime de plantão ou equivalente, será direito do trabalhador o reconhecimento das horas em sobreaviso. Inteligência da Súmula n. 428 do TST. No caso, evidenciada a permanência do Autor em regime de plantão, aguardando ser chamado a qualquer momento em dois domingos por mês, devido o correspondente pagamento do tempo de sobreaviso.

RELATÓRIO

A Vara do Trabalho de Nova Mutum/MT, por intermédio da r. decisão de ID. d9be0fd, da lavra da Excelentíssima Juíza do Trabalho **CLAUDIA REGINA COSTA DE LIRIO SERVILHA**, cujo relatório adoto, julgou procedentes em parte os pedidos formulados na exordial, condenando a Ré ao pagamento das horas em sobreaviso, bem como de dois descansos semanais remunerados por mês e reflexos. Ao final, concedeu ao Autora os benefícios da justiça gratuita.

Cálculos de liquidação juntados aos autos sob o ID. 76530de.

Inconformada, a Demandada interpôs o recurso ordinário de ID. 94bcde9, pleiteando a reforma da sentença quanto à condenação imposta, bem como impugnando os cálculos de liquidação.

Depósito recursal e custas processuais comprovados sob os IDs. 0ab62cd e

1cdf02c.

Embora regularmente intimado, o Autor deixou transcorrer em branco o prazo para apresentar contrarrazões, conforme certidão de ID. d95cc23.

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho, por força do disposto no art. 46 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pela Ré.

MÉRITO

SOBREAVISO

Insurge-se a Ré contra a sentença que a condenou ao pagamento de horas de sobreaviso *"em dois domingos por mês, quando da realização de plantões"*, bem como *"Em razão da ativação em regime de plantão, em dois domingos por mês, sem a devida folga compensatória, (...) ao pagamento de dois descansos semanais remunerados mensais, que deverão ser pagos em dobro"*.

Sustenta que o Autor teria confessado que orientava os clientes a, em caso de problemas técnicos, telefonar para seu celular, e não para a central de atendimento da empresa, desobedecendo orientações/sistema empresarial, de maneira que o seu direito de ir e vir não foi limitado por ordem patronal, mas sim por sua própria conduta.

Pugna, conseqüentemente, pela absolvição da condenação ao pagamento de DSRs em dobro, visto que se o Obreiro não se ativava em sobreaviso, não há motivo para concessão da respectiva folga compensatória, acrescentando que os cartões de ponto demonstram o gozo do repouso

semanal remunerado.

Analiso.

É cediço que o sobreaviso consiste na possibilidade de o empregado permanecer em sua residência ou outro local combinado aguardando ordens da empresa, caso em que receberá apenas 1/3 da hora normal.

Outrossim, o fato de o empregado usar o telefone celular da empresa, por si só, não caracteriza a realização de sobreaviso, pois, nos termos do item I da Súmula n. 428 do TST, a mera utilização de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa não é fato suficiente a comprovar a existência de horas de sobreaviso, visto que não revelam o cerceamento da liberdade de locomoção do empregado.

Todavia, se restar comprovado que, mesmo à distância, o obreiro estava sujeito ao controle patronal, permanecendo em regime de plantão ou equivalente, será direito do trabalhador o reconhecimento das horas em sobreaviso.

Nestes termos, o inciso II da Súmula 428 do TST:

Súmula nº 428 do TST - SOBREAviso APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) -Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. (...) - II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

É certo que somente o fornecimento de aparelho de telefone celular não configura o regime de sobreaviso, sendo necessário que se comprove a limitação da liberdade do Autor em decorrência da possibilidade de ser chamado para o trabalho.

Nesse sentido, a jurisprudência deste e. Tribunal:

[...] HORAS DE SOBREAviso. O mero fornecimento de telefone móvel celular pelo empregador e a posse pelo empregado não autoriza deduzir que havia prestação de serviço à distância, ou tempo a disposição da empresa, na medida em que não revelada a necessidade do trabalhador deixar de usufruir de sua liberdade para os atos da vida civil sem prejuízo do trabalho. Contudo, há nos autos prova de que o reclamante permanecia, após o fim do expediente, aguardando a qualquer momento o chamado para a realização de serviços de emergência. Recurso ao qual se nega provimento. (RO -0000856-43.2013.5.23.0001, Publicado em: 30/06/2014, Relator: OSMAIR COUTO).

Tratando-se de fato constitutivo do direito vindicado, incumbe ao empregado comprovar o efetivo exercício de labor em regime de sobreaviso, ônus do qual se desincumbiu satisfatoriamente.

Inicialmente, registro que não prospera a alegação da Ré de que o Autor havia confessado fornecer seu celular aos clientes, limitando por conta própria, sua locomoção, na medida em que o que afirmou em interrogatório foi que *"o supervisor passava o telefone do técnico para o cliente, que ligava"* e que *"se o cliente ligasse pela segunda vez em trinta dias tinham problemas, motivo pelo qual pediam ao cliente que ligassem diretamente para os técnicos e não no 0800"*, revelando, assim, que o telefone era passado por ordens superiores, tal como confirmou a testemunha Guido Paulo de Lima e Silva, ao narrar que *"passavam o número do telefone particular aos clientes, além do 0800, por determinação do supervisor"*.

Por outro lado, desde a defesa a Ré confessou que *"o reclamante fazia parte da escala de plantão e revezamento, que era instituído na empresa"*, situação que se enquadra no item II da Súmula n. 428 do c. TST.

Outrossim, a tese defensiva da Demandada de que o Autor *"em apenas um momento teve de ficar de sobreaviso, tendo sido depois compensado financeiramente, como consta em sua ficha financeira"*, restou afastada pela declaração da testemunha ouvida a convite da empresa, Valdeberto Figueiredo de Campos, supervisor do Autor desde 02/2013, o qual afirmou que *"o autor não tinha que manter o telefone ligado, salvo se estivesse de plantão, que ocorriam aos sábados e domingos; que o plantão se dava em revezamento, o que representava um ou dois domingos no mês"*, revelando que em dois domingos por mês o Demandante ficava de plantão em sobreaviso.

Correta, assim, a sentença que condenou a Vindcada ao pagamento de horas de sobreaviso e dos correspondentes DSRs em dobro.

Nego provimento.

IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS

A Ré impugna os cálculos de liquidação, debaixo dos seguintes argumentos: a) Não foram deferidos reflexos de DSR em aviso prévio, e, tendo em vista que o Autor laborou até 10/05/2016, recebendo aviso prévio indenizado, *"os cálculos devem ser limitados a 10/05/2016 e, ainda, neste mês deve ser considerado apenas 1 descanso semanal remunerado"*, ao passo que a Contadoria *"apurou descanso semanal remendado referente ao mês de junho/2016"*; b) Nos *"meses de férias (setembro/2014 e setembro/2015) não há que se falar em valores devidos"* a título de DSR, *"haja vista a ausência de trabalho em tais meses"*; c) Não deve ser apurado sobreaviso nos períodos de gozo de férias; d) A Contadoria *"não observou corretamente as alíquotas referentes ao INSS - cota reclamada"*, visto que *"Recentemente, houve alteração na metodologia de apuração do INSS com*

redução da cota parte empresa, haja vista o enquadramento da Telemont no CNAE 42.2 e a determinação constante do artigo 7º, VII, da Lei 12.546/2011", de maneira que "o recolhimento previdenciário correto seria 3,2958% (cota empresa), 3,30% (cota terceiros), 1%-5% (SENAI) e 1,5%-3,75 (SESI)".

Pois bem.

Instada a se manifestar acerca das impugnações acima, a Coordenadoria de Contadoria deste Regional informou o que segue (ID. 0322ddb):

- Quanto ao item "a)", relativo à apuração de DSR em junho de 2016, mês de aviso prévio indenizado, esclareceu o calculista que *"O cálculo encontra-se equivocado, está considerando o período de projeção do aviso prévio como período laborado. Necessário retificar o cálculo para excluir o mês de junho/2016". Assim, correta a insurgência da Recorrente, no particular:*

- No que tange ao item "b)", apuração de DSRs em meses de férias, informou o calculista que *"Conforme demonstrado no cálculo, à fl.17 e 21, foram excluídos da apuração os meses de férias. Inclusive nestes meses foi apurado como devido somente 01 (um) dsr"*. Dessa forma, improcedente a insurgência patronal, neste ponto.

- Relativamente ao item "c)", apuração de horas de sobreaviso em períodos de gozo de férias, mais uma vez o calculista demonstrou não ter razão a impugnação trazida a exame, porquanto *"Conforme demonstrado na apuração diária no mês de set/2014 foi considerado o dia 07/09/2014 com sobreaviso e as férias foram do dia 11/09/2014 a 10/10/2014. Com relação a set/2015 foi considerado o dia 06/09/2015 com sobreaviso e as férias do dia 08/09/2015 a 07/10/2015"*. Rejeito, pois, a impugnação neste aspecto;

- Por fim, em atenção ao item "d)", relativo à cota de INSS da empresa, consignou o calculista que *"Não havia nos autos, à época de realização dos cálculos, documentação que informasse sobre benefícios que a reclamada usufruísse."*

Esclareço, quanto a este último ponto, que o art. 7º da Lei n. 12.546/2011 autoriza a contribuição previdenciária sobre o valor da receita bruta, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei n. 8.212/1991, que, por sua vez, estabelecem as contribuições previdenciárias, devidas pela empresa, dos segurados empregados e trabalhadores avulsos e dos segurados contribuintes individuais que lhes prestem serviços.

Trata-se de modalidade especial de contribuição previdenciária, que, por se tratar de substituição ao regime usual de recolhimento, depende não só da prova do enquadramento da

atividade principal da empresa naquelas especificadas na lei, mas também da adesão do empregador.

O código da atividade principal exercida consta do TRCT apresentado nos autos com a inicial e com a defesa (CNAE 4221904), correspondendo à atividade de "CONSTRUÇÃO DE ESTAÇÕES E REDES DE TELECOMUNICAÇÕES", o qual autoriza a adoção do recolhimento especial (inciso VII do art. 7º da Lei n. 12.546/2011) .

No entanto, a prova da efetiva adesão ao regime de recolhimento pela receita bruta não veio aos autos, razão pela qual prevalece, nestas circunstâncias, a presunção de que a Demandada recolhe as contribuições previdenciárias pela modalidade usual, prevista na Lei n. 8.212/1991, estando, assim, corretos os cálculos elaborados pela Coordenadoria de Contadoria, no particular.

Pelo exposto, **dou provimento parcial ao apelo da Ré**, apenas para determinar a correção dos cálculos de liquidação no que tange à apuração de DSR em junho de 2016, devendo ser excluído do cálculo o citado mês.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário interposto pela Ré, e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para determinar a correção dos cálculos de liquidação no que tange à apuração de DSR em junho de 2016, devendo ser excluído do cálculo o citado mês, nos termos da fundamentação supra.

Tendo em vista o provimento parcial do apelo, fixo as custas processuais e o valor da condenação de acordo com os cálculos de liquidação elaborados pela Coordenadoria de Contadoria, os quais integram o presente julgado para todos os fins.

ACÓRDÃO

ISSO POSTO:

A Egrégia Primeira Turma de Julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região na 35ª Sessão Ordinária, realizada nesta data, **DECIDIU**, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pela Ré e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para determinar

a correção dos cálculos de liquidação no que tange à apuração de DSR em junho de 2016, devendo ser excluído do cálculo o citado mês, nos termos do voto do Desembargador Relator, seguido pelo Desembargador Edson Bueno e pelo Juiz Convocado Aguiar Peixoto. Tendo em vista o provimento parcial do apelo, fixa-se as custas processuais e o valor da condenação de acordo com os cálculos de liquidação elaborados pela Coordenadoria de Contadoria, os quais integram o presente julgado para todos os fins.

Obs.: Ausentes o Exmo. Juiz Convocado Nicanor Fávero, em virtude de férias regulamentares, e o Exmo. Desembargador Bruno Weiler, por motivo de afastamento para realização de curso de mestrado. O Exmo. Desembargador Tarcísio Valente presidiu a sessão.

Sala de Sessões, terça-feira, 13 de dezembro de 2016.

(Firmado por assinatura digital, conforme Lei n. 11.419/2006)

TARCÍSIO RÉGIS VALENTE
Relator

DECLARAÇÕES DE VOTO