



PROCESSO N° TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

A C Ó R D ã O
(Ac. (5ª Turma))
GMCB/msi

RECURSO DE REVISTA.

**1. HORAS DE SOBREAVISO. USO DE
CELULAR. NÃO RESTRIÇÃO DA LOCOMOÇÃO.
NÃO CONFIGURAÇÃO.**

O simples uso de telefone celular não configura regime de sobreaviso, simplesmente porque a sua utilização não impõe ao empregado a permanência em determinado local aguardando ordem para trabalhar, tampouco acarreta cerceio ao seu direito de locomoção. No caso em comento, restou consignado que o uso de celular não causou qualquer restrição na liberdade de locomoção do trabalhador e que, tampouco, ele era submetido ao controle da empresa. Neste contexto, não há como se caracterizar o sobreaviso, porquanto este se identifica pela permanência do empregado em determinado local, aguardando a qualquer momento o chamado para trabalhar; configura-se, também, quando o empregado, fora da jornada efetiva de trabalho, perde a liberdade de locomoção, gerando o direito ao pagamento do adicional, nos termos do artigo 244, § 2º, da CLT.

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016**, em que é Recorrente **EDSON WLADEMIR WOJCIECHOWSKI** e Recorrido **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A..**



PROCESSO N° TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região afastou a condenação da reclamada no pagamento do sobreaviso já que o reclamante não sofrera qualquer restrição em sua locomoção ou controle da empresa.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista no qual requer a reforma da v. decisão regional quanto ao tema.

Despacho de admissibilidade nos autos.

Foram apresentadas contrarrazões.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. HORAS DE SOBREAVISO.

Neste particular, registrou a egrégia Corte Regional:

“1. HORAS DE SOBREAVISO

Pretende a ré afastar a condenação no pagamento das horas prestadas em sobreaviso, argumentando que o empregado não permanecia sob controle nos finais de semana pelo uso do celular, mas em regime de



PROCESSO N° TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

plantão, eventualmente acionado para a solução de problemas emergenciais.

Aduz que o chamado somente ocorria quando o “Call Center” não conseguia suprir a demanda com as empresas revendedoras de GLP responsáveis, caso em que os consultores comerciais eram contactados ou, então, o gerente regional.

Insiste não ser tolhida a sua liberdade de locomoção, mister porque havia obrigatoriedade de atender, nem a aplicação de penalidade, portanto, estando enquadrado no inciso I da Súmula n. 428 do TST. Invoca a prova testemunhal e cita jurisprudência.

Não prospera o apelo.

É incontroverso o uso do telefone celular em períodos fora da jornada de trabalho para atendimento a eventuais situações emergenciais. A prova oral, inclusive a produzida pelo autor, demonstrou que os consultores permaneciam com o aparelho e poderiam ser chamados para o trabalho por esse meio.

A respeito do sobreaviso, têm sido abundantes as manifestações da doutrina e da jurisprudência em diversos sentidos. O regramento, por analogia, de situações não contempladas explicitamente na lei acaba levando quem não tem direito a pleitear e quem deve pagar a se esquivar, ambos estribados na probabilidade de interpretação favorável à sua tese, quando acionada a jurisdição.

Antes do confronto das duas situações, a regrada e aquela não contemplada na lei, a analogia exige, primeiramente, um exame detalhado daquela que mereceu o texto legal, condutor ao princípio basilar da norma. Apenas se os dois casos merecerem a regência pelo mesmo princípio, a analogia se impõe para fazer incidir ao caso não normatizado na prescrição constante da lei.

Arnaldo Süssekind¹ concorda com o cabimento da aplicação analógica da norma prevista no artigo 244, § 2º, da CLT, para categorias distintas daquelas para a qual foi concebida. Entretanto, não entende aplicável o dispositivo legal para os casos de uso *do biper*:

A mesma norma não se aplica ao sistema da chamada por BIP, porque, nesta hipótese, o trabalhador tem liberdade de locomoção, podendo

¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p. 714.



PROCESSO N° TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

ir para onde lhe aprouver. Não permanece, enquanto não atender ao chamado, à disposição do empregador [...].

Embora diverso o instrumento de comunicação entre as partes do contrato², observa-se a mesma essência às duas hipóteses, impeditiva da subsunção à situação normatizada, porque não há restrição à liberdade de locomoção do empregado. Tampouco a recente alteração efetuada pelo TST na Súmula n. 428 modificou o meu posicionamento acerca da matéria.

O autor não tinha a obrigação de permanecer em casa à disposição da empregadora, porque utilizava um celular para ser localizado, se necessário, onde quer que fosse. Não estava obrigado a permanecer em certo local, em um determinado horário, à disposição da empresa.

No caso dos autos, extrai-se da prova testemunhal a inexistência de punição por não atendimentos, ou seja, não havia controle (marc. 22). Ocorria somente um questionamento do motivo para o não atendimento, onde o gerente reafirmava as regras acerca do uso do telefone e em dizia *que não gostaria de ser contactado no lugar do consultor*. Segundo a testemunha do autor, *o gerente não ameaçava o consultor com qualquer outra pena* (Adriano). A testemunha Felipe reafirmou *que o gerente não ameaça aplicar qualquer outra pena*.

Nem se diga que o atendimento era reiterado, pois, como explicou a testemunha do autor, os clientes entram em contato com o revendedor e nos finais de semana podem ligar para o 0800, sendo os consultores contatados somente caso não resolvido o problema. Ainda assim, não sendo encontrado o consultor, o gerente é acionado.

Diante disso, o uso do celular não impedia a locomoção do trabalhador e a livre disposição do seu tempo. Nessa esteira, colho os seguintes julgados deste Regional:

SOBREAVISO. USO DE APARELHO CELULAR. O regime de sobreaviso pressupõe a permanência do empregado em sua residência no aguardo de eventual chamada do empregador. O uso de aparelho celular preserva a sua liberdade de locomoção, afastando a aplicação da norma prevista no art. 244, § 2º, da CLT.³

² Celulares e *palmtops*.

³ RO 04695-2007-051-12-00-0. 1ª Turma. Juiz Hélio Bastida Lopes. Publicado no TRTSC/DOE em 07.08.2009.

Firmado por assinatura digital em 12/12/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

SOBREAVISO. USO DE TELEFONE CELULAR. O uso de telefone celular pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que não há necessidade de o trabalhador permanecer em sua residência aguardando convocação da empresa, podendo dispor de seu tempo como bem entender.⁴

Logo, não está caracterizado o sobreaviso, devendo ser afastada a condenação respectiva.”

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista onde sustenta ter direito ao pagamento do sobreaviso visto que permanecia sob controle da empresa nos finais de semana pelo uso do celular.

Transcreve arestos para configurar a divergência jurisprudencial.

À análise.

No caso dos autos, a egrégia Corte Regional, perante a análise do suporte fático dos autos, concluiu que o reclamante não permanecia em sobreaviso já que as chamadas eram eventuais, não havia qualquer restrição em sua locomoção e não sofria controle da empresa. Tal suporte fático é insuscetível de reexame pelo que dispõe a Súmula nº 126.

Pois bem, esta Corte entende que o simples uso de telefone celular não configura regime de sobreaviso, simplesmente porque a sua utilização não impõe ao empregado a permanência em determinado local aguardando ordem para trabalhar, tampouco acarreta cerceio ao seu direito de locomoção.

Diz a Súmula nº 428:

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

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

⁴ RO 03719-2008-035-12-00-6. 2ª Turma. Juiz Edson Mendes De Oliveira. Publicado no TRTSC/DOE em 07.08.2009. Firmado por assinatura digital em 12/12/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

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.

Neste sentido, as seguintes decisões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. APELO DESFUNDAMENTADO. Na ausência de indicação expressa e direta de ofensa à Lei ou à Constituição, de contrariedade a súmula desta Corte ou da ocorrência de divergência jurisprudencial, não prospera o recurso de revista (CLT, art. 896). **2. DOMINGOS TRABALHADOS. REMUNERAÇÃO EM DOBRO.** O recurso de revista se concentra na avaliação do direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Diante de tal peculiaridade, o deslinde do apelo considerará, apenas, a realidade que o acórdão atacado revelar. Esta é a inteligência da Súmula nº 126 desta Corte. **3. HORAS EXTRAS. SOBREAviso. USO DO APARELHO CELULAR.** Conforme entendimento firmado no item I da Súmula 428 desta Corte, -o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso-. **4. DANO MORAL.** Não se conhece de recurso de revista, fundado em divergência jurisprudencial, quando os arestos colacionados se revelam inespecíficos ao dissenso (TST, Súmulas 23 e 296). Agravo de instrumento conhecido e desprovido.(AIRR - 1461-84.2011.5.09.0021 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 30/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 08/11/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SOBREAviso. USO DE CELULAR. Não há como deferir o pagamento de horas de sobreaviso ao Reclamante, pois o Regional, mediante a análise das provas, atestou que o Reclamante não permanecia em regime de plantão



PROCESSO N° TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

ou aguardando as ordens da empresa para o serviço. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA DA RECLAMADA NÃO CARACTERIZADA. Indeferido o pleito do Reclamante constante da inicial, não há de se falar no pagamento dos honorários advocatícios, já que ausente a sucumbência da Reclamada. Agravo de Instrumento desprovido. (AIRR - 1656-02.2011.5.10.0002 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 09/10/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 11/10/2013)

HORAS DE SOBREAVISO. USO DE APARELHO CELULAR. O uso de aparelho celular não configura o regime de sobreaviso, pelo fato de o empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. A propósito, a matéria em discussão acabou por ser pacificada no âmbito desta Corte, com a edição da nova Súmula n° 428 do TST (que resultou da conversão da Orientação Jurisprudencial n° 49 da SBDI-1), alterada, posteriormente, por ocasião da -Semana do TST-, que resultou em nova redação que lhe foi conferida pela Resolução n° 185/2012 desta Corte, publicada no Diário de Justiça Eletrônico, divulgado nos dias 25, 26 e 27 de setembro de 2012, com o seguinte teor, in verbis: -SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, PARÁGRAFO 2º, DA CLT. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se de 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-. Na hipótese, o Regional entendeu ser devido o pagamento das horas em sobreaviso, em razão dos depoimentos das testemunhas, no entendimento de que o reclamante trabalhava em regime de sobreaviso, desse modo o empregado era obrigado a ficar em casa aguardando o chamado do chefe. A decisão recorrida, portanto, está em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte. Recurso não conhecido. (...). (RR - 67000-10.2007.5.05.0195 ,



PROCESSO N° TST-RR-5827-66.2012.5.12.0016

Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento:
25/09/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 04/10/2013)

No caso em comento, restou consignado que o uso de celular não causou qualquer restrição na liberdade de locomoção do trabalhador e que, tampouco, ele era submetido a qualquer controle pela empresa. Neste contexto, não há como se caracterizar o sobreaviso, porquanto este se identifica pela permanência do empregado em determinado local, aguardando a qualquer momento o chamado para trabalhar; configura-se, também, quando o empregado, fora da jornada efetiva de trabalho, perde a liberdade de locomoção, gerando o direito ao pagamento do adicional, nos termos do artigo 244, § 2º, da CLT.

Assim, o conhecimento do apelo esbarra na dicção da Súmula n° 333 e no artigo 896, §4º, da CLT.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 11 de dezembro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei n° 11.419/2006)

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator