



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0020169-65.2021.5.04.0121**

Relator: EMILIO PAPAEO ZIN

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 03/10/2022

Valor da causa: R\$ 199.161,42

Partes:

RECORRENTE: LUIZ CARLOS OLIVEIRA

ADVOGADO: CRISTIAN RAMIRES ALMEIDA

ADVOGADO: CRISTIANO RAMIRES ALMEIDA

RECORRIDO: CLS GARCIA CONSTRUÇOES LTDA

ADVOGADO: CARLOS EDUARDO SCHMIDT

RECORRIDO: COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO CORSAN

ADVOGADO: MARGIT LIANE SOARES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0020169-65.2021.5.04.0121 (ROT)

RECORRENTE: LUIZ CARLOS OLIVEIRA

RECORRIDO: CLS GARCIA CONSTRUCOES LTDA, COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO CORSAN

RELATOR: EMILIO PAPALETTO ZIN

EMENTA

HORAS DE SOBREVISO. Configura-se o regime de sobreaviso quando há obrigatoriedade de permanência do trabalhador em local previamente determinado pela empresa. Diversa é a situação da exigência de uso de telefone celular, hipótese na qual o trabalhador não é privado de sua livre locomoção, como no caso em análise. Aplicação da Súmula 428, I, do TST.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso ordinário do reclamante, LUIZ CARLOS OLIVEIRA.

Intime-se.

Porto Alegre, 10 de maio de 2023 (quarta-feira).

RELATÓRIO

O reclamante, inconformado com a decisão proferida na origem, que julgou improcedente a ação, interpõe recurso ordinário. Pretende a reforma da sentença quanto ao indeferimento do pedido de condenação das reclamadas ao pagamento de horas de sobreaviso e de *plus salarial* em virtude de acúmulo de função.



Assinado eletronicamente por: EMILIO PAPALETTO ZIN - 11/05/2023 11:53:05 - 44ca0a9

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22111114594035200000069799149>

Número do processo: 0020169-65.2021.5.04.0121

ID. 44ca0a9 - Pág. 1

Número do documento: 22111114594035200000069799149

A primeira reclamada apresenta contrarrazões ao recurso, propugnando pela manutenção da decisão de primeira instância. A segunda ré, por sua vez, não apresenta defesa.

Os autos sobem a este Tribunal para exame e julgamento do apelo.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

REGISTRO INICIAL

Trata-se de relação de emprego com início em 15.04.2016 e rescisão sem justa causa em 18.01.2021, com a primeira reclamada, CLS GARCIA CONSTRUÇÕES LTDA . A ação foi ajuizada em 09.04.2021. O reclamante exercia a função de "Encarregado de Obras I", percebendo como último salário o valor de R\$ 2.323,00. Assim, a presente decisão observa os termos da Lei no 13.467/17, resguardado o direito adquirido, considerando o período debatido entre as partes.

ACÚMULO DE FUNÇÃO

Irresigna-se o reclamante contra o indeferimento do pedido de condenação das rés ao pagamento de *plus* salarial em virtude do acúmulo de função. Sustenta ter exercido a função para qual fora admitido de Encarregado de Obras, em concomitância com a de Motorista. Argumenta que as testemunhas foram claras ao relatar que presenciaram o autor dirigindo retroescavadeira e caçamba. Menciona que o exercício de tal atividade necessita de conhecimento específico. Requer a reforma.

Análise.

Na petição inicial, o demandante afirmou que, embora tenha sido contratado para realizar a função de "encarregado de obras I", era obrigado a realizar atividades diversas. Requereu a condenação das demandadas ao pagamento de *plus* salarial, no importe de 20% da sua remuneração, durante todo o período contratual (ID. 9274785).

Em sentença, o juízo de origem indeferiu a pretensão por entender que o reclamante desempenhava o cargo de motorista desde o início do contrato de trabalho e em caráter acessório, já que se tratava de apenas uma das tarefas por ele desenvolvidas. Além disso, considerou não haver comprovação de que as atividades de operador de caçamba ou retroescavadeira fossem melhor remuneradas do que a de encarregado de obras (ID. cf019b7 - pág. 3-5).



A decisão deve ser mantida.

Para que a parte tenha direito as diferenças salariais decorrentes do acúmulo de funções é necessário que haja novação objetiva do contrato de trabalho, ou seja, que o empregado seja obrigado a desempenhar, juntamente com a função originalmente contratada, outra totalmente diversa. O art. 456 da CLT, em seu parágrafo único, determina:

"à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal".

O acúmulo de funções que pode, em tese, ensejar o acréscimo postulado é aquele de maior complexidade e/ou responsabilidade.

No caso, entendo que não há prova do exercício de função mais complexa a exigir habilidades diversas das quais a demandante exercia desde o início da contratualidade.

Em audiência, as testemunhas ouvidas a convite da parte autora, ex-empregados das demandadas, narraram:

"PRIMEIRA TESTEMUNHA INDICADA PELA PARTE AUTORA: MARCUS SILVA DE MATOS [...] 5-) *que o reclamante era administrador do pessoal que trabalhava com calçamento, retroescavadeira e caminhão caçamba; [...]* 11-) *que em uma ocasião em que houve uma limpeza em uma barragem emergencial o reclamante atuou como motorista de uma caçamba [...]*" (grifei).

SEGUNDA TESTEMUNHA INDICADA PELA PARTE AUTORA: LUIZ HENRIQUE MARTINS DA CRUZ [...] 4-) *que o reclamante era encarregado geral de obra; [...]* 11-) *que o depoente viu o reclamante dirigindo uma retroescavadeira em Canguçu para carregar um material; 12-) que ao que se recorda viu o reclamante dirigindo retroescavadeira nesta ocasião [...]*" (grifei).

Consoante os relatos supramencionados, a atividade de operador de retroescavadeira era exercida ocasionalmente pelo reclamante, além de fazer parte das ocupações do seu cargo.

Nesse contexto, julgo, em consonância com a decisão de origem, que as tarefas alegadas pelo recorrente são compatíveis com as atribuições para as quais ele fora contratado, visto o acúmulo de tarefas não se confunde com o acúmulo de funções. A função envolve várias tarefas e atividades.

Apelo desprovido.

HORAS EXTRAS. SOBREAVISO

Não se conforma o demandante com o indeferimento do pedido de condenação das reclamadas ao pagamento de horas de sobreaviso. Refere que era responsável por organizar a equipe e orientar sobre qual o procedimento necessário na execução do serviço. Assevera que, durante o vínculo de emprego,



não podia utilizar livremente de seu tempo de descanso, já que a orientação da empregadora era que os funcionários entrassem em contato com recorrente caso necessitassem atender algum chamado. Requer a reforma.

Examino.

Segundo a petição inicial, a jornada de trabalho do reclamante era de segunda à sexta-feira, das 7h40 às 18h. Aduziu porém que fora desses horários permanecia de sobreaviso, nos dias úteis, das 18h às 7h40 e, nos finais de semana e feriados, 24h por dia. Requereu a condenação das reclamadas ao pagamento de horas de sobreaviso durante todo o vínculo de emprego (ID. 9274785).

Em sentença, a magistrada assim decidiu (ID. cf019b7 - pág. 9-10):

"Entende-se por trabalho prestado em regime de sobreaviso, previsto no § 2o do art. 244 da CLT, aquele em que o empregado, segundo determinação prévia, por meio de escalas predeterminadas, permanece à inteira disposição do empregador, fora do horário normal de trabalho, aguardando o chamado para o serviço, sempre que tal convocação se fizer necessária, segundo o critério de conveniência da empresa.

[...]

No caso, nenhuma prova há de que o autor tivesse sido formalmente escalado para o sobreaviso. Embora não tenha restado demonstrado tivessem outros empregados na condição de responsáveis pelas emergências, pois o superior hierárquico do reclamante somente era acionado na sua falta, não restou demonstrada a obrigatoriedade de o autor de estar à disposição da empresa, a justificar o reconhecimento de um sobreaviso, de uma limitação ao seu descanso.

Os acionamentos ocorriam com uma frequência considerável segundo relata Cláudio [...]. Apesar da frequência considerável em que ocorridos os acionamentos, tal qual descrito na prova oral, especialmente no depoimento de Marcos (de 10 a 15 vezes ao mês), é digno de registro que o trabalho do autor resumia-se a acionar as equipes para trabalhar, o que era feito da sua própria casa, pelo telefone, sem se deslocar até o local da emergência. E, mesmo que nos acionamentos os empregados das equipes do autor permanecessem por vezes trabalhando várias horas, até o meio da madrugada, a intervenção do autor era prévia, não havendo provas de que fosse atividade que demandasse grande dispêndio de tempo, tampouco que restringisse a liberdade do autor, porquanto poderia ser realizada de onde o autor estivesse, sem problemas. Além disso, nas hipóteses em que o autor não atendesse o telefone, seu superior hierárquico poderia subsidiariamente ser acionado nas mesmas condições."

Compartilho do entendimento do Julgador de origem de que para o pagamento de horas de sobreaviso é necessária a obrigatoriedade de permanência do trabalhador em local previamente determinado, aguardando a qualquer momento, durante o período de descanso, o chamado para o serviço. Diversa é a situação da exigência de uso de telefone celular, sem que se prive o empregado de sua livre locomoção, como é o caso dos autos.

Aplico a Súmula 428 do TST, que assim preceitua:



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 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.

O fato de o reclamante se utilizar de aparelho celular é insuficiente para a caracterização do regime de sobreaviso. Ademais, a prova testemunhal não é capaz de demonstrar que o autor ficava limitado na sua liberdade de locomoção, conforme a seguir:

"PRIMEIRA TESTEMUNHA INDICADA PELA PARTE AUTORA: MARCUS SILVA DE MATOS [...] 5-) *que o reclamante era administrador do pessoal que trabalhava com calçamento, retroescavadeira e caminhão caçamba; [...]* 6-) *que o depoente não tinha horário fixo para chamar o reclamante, referindo que trabalha em um serviço 24h e que poderia inclusive chamar o reclamante na madrugada; [...]* 8-) *que também poderiam ocorrer chamados em finais de semana e feriados, referindo que era justamente fora dos horários em que ocorriam os chamados, pois caso contrário havia um escritório da CLS em Canguçu que atendia durante o horário de expediente; 9-) que o quando o depoente precisasse de uma retroescavadeira e uma caçamba, por exemplo, fora de horário, ligava para o reclamante e era ele que liberava o pessoal; 10-) que normalmente quando o reclamante era acionado fora de horário, limitava-se a gerenciar quem iria para o local, mas não se apresentava pessoalmente para o serviço; [...] 15-) que se o depoente não localizasse o reclamante se reportava ao sr. Cláudio [...]" (grifei).*

"SEGUNDA TESTEMUNHA INDICADA PELA PARTE AUTORA: LUIZ HENRIQUE MARTINS DA CRUZ [...] 4-) *que o reclamante era encarregado geral de obra; [...]* 7-) *que o depoente tinha contato com o reclamante quando houvesse algum problema, visto que era o reclamante que liberava as máquinas para trabalhar; [...]* 13-) *que quando o depoente não conseguia fazer contato com o reclamante se dirigia ao Sr. Alex ou à "" menina do escritório""; [...]* 16-) *que o escritório da empresa funcionava das 08h ao meio dia e das 13h30min às 17h30min de segunda a sexta e às vezes aos sábados; 17-) que algumas vezes o depoente precisou de maquinário fora desses horários, ocasião em que entrava em contato com o reclamante ou com o sr. Alex [...]" (grifei).*

Portanto, diante da prova oral, concluo que o autor não ficava em regime de sobreaviso propriamente dito, pois, durante o período em que ficava com o celular, fora das dependências da reclamada, era possível locomover-se livremente aos mais variados destinos, não havendo obrigatoriedade de permanência em local previamente determinado a espera de um chamado.

Nego provimento.

EMILIO PAPALEO ZIN

Relator



VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR EMÍLIO PAPALÉO ZIN (RELATOR)

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS

DESEMBARGADORA DENISE PACHECO

