



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

A C Ó R D ã O
6ª Turma
ACV/kl-su

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE REDE. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. A jurisprudência desta

c. Corte se firmou no sentido de que não é possível a terceirização de atividade-fim das empresas concessionárias de serviços públicos, tal como aquela prestada pelo reclamante, na instalação e manutenção de rede. Precedente da C. SDI. (E-RR 586.341/1999, DEJT - 16/10/2009). Ressalva de entendimento deste Relator. Recurso de revista não conhecido.

REEMBOLSO DE DESPESAS COM VEÍCULO. INTEGRAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA.

PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Não merece reforma a v. decisão regional que conclui que os valores pagos ao autor, rotulados como reembolso de despesa com veículo, apesar de previsão em norma coletiva, na realidade, remunerava a execução das ordens de serviços (produtividade), pelo que, por se tratar de contraprestação do serviço, detém natureza salarial, sendo devida sua integração. Recurso de revista não conhecido.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO

EXTERNO. Delimitado no v. acórdão regional ter havido comprovação de fiscalização e controle do trabalho externo desempenhado pelo autor, não se percebe afronta à literalidade dos artigos 62, inciso I, e 818 da CLT, e 333, I, do CPC. Arestos inservíveis por falta de indicação de fonte de publicação. Recurso de revista não conhecido.

HORAS DE SOBREAVISO. O fato de a comunicação entre a empresa e o



PROCESSO N° TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

empregado se dar mediante a utilização de telefone celular não é hábil, por si, para descaracterizar o regime de sobreaviso, quando demonstrado que, efetivamente, houve restrição a liberdade de locomoção. Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 113 DA SBDI-I DO TST.

O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória. No caso em exame, incontroverso que a transferência do empregado é definitiva, não cabendo o entendimento da eg. Corte que também nesse caso o empregado faz jus ao adicional de transferência. Recurso de Revista conhecido e provido.

IMPOSTO DE RENDA. CRITÉRIO DE CÁLCULO. NOVA REDAÇÃO DO ITEM II DA SÚMULA 368 DO TST.

Diante da nova redação conferida ao art. 12-A da Lei 7.713/88, acrescentado pela Lei 12.350/2010, e do disposto na Instrução Normativa n° 1.127/2011, da Receita Federal, este c. TST, em sessão do Tribunal Pleno, revisou o conteúdo da Súmula 368, II, desta c. Corte, e estabeleceu que o recolhimento dos descontos fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, deve ser calculado mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei n° 7.713, de 22/12/1988. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069**, em que é Recorrente **BRASIL TELECOM S.A.** e Recorridos **TELENGE TELECOMUNICAÇÕES E ENGENHARIA LTDA.** e **JULIANO PAULO GUBERT**.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

O eg. Tribunal Regional, mediante o v. acórdão de fls. 254/282, deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para: a) reconhecendo a natureza salarial da parcela paga a título de reembolso de despesas com veículo, determinar a sua integração à remuneração, com reflexos; b) afastar o seu enquadramento no artigo 62 da CLT, para deferir-lhe, como extras, as horas trabalhadas após a 8ª diária e, de forma não cumulativa, com reflexos; e c) acrescer à condenação horas de sobreaviso e reflexos. Negou provimento ao recurso ordinário da reclamada.

Os embargos de declaração interpostos pela reclamada, foram parcialmente acolhidos, para sanar omissão quanto à alegada afronta ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 307/325. Insurge-se quanto à sua condenação subsidiária; condenação ao pagamento de horas extraordinárias, salário por fora, adicional de transferência, e horas de sobreaviso. Arguindo, por fim, ser devido o recolhimento do imposto de renda observando-se o critério de caixa e não de competência.

O r. despacho de fls. 334/336, admitiu o recurso de revista, quanto ao tema "descontos fiscais" por possível contrariedade à Súmula nº 368 do TST.

Apresentadas contrarrazões às fls. 338/355.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer.

É o relatório.

V O T O

I - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Ao negar provimento ao recurso ordinário da reclamada,
o eg. Tribunal Regional assim fundamentou seu entendimento, *in verbis*:

“Incontroverso que o autor exercia a função de técnico de redes, como empregado contratado pela TELENGE, prestando serviços à Brasil Telecom.

No meu pensar, a atividade desempenhada pelo autor, por intermédio da primeira ré, insere-se "na atividade fim da recorrente Brasil Telecom, eis que se refere **à implantação de linhas telefônicas, o que constitui atividade relacionada à finalidade da recorrente.** O contrato de prestação de serviços firmado entre ambas não obsta o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da recorrente, eis que, na verdade, tal contrato busca mascarar terceirização de atividade fim, o que deve ser arredado. Não se trata de contrato de empreitada que visa a construção de um único imóvel, por exemplo, para a recorrente, mas de terceirização do serviço de implantação de linhas telefônicas e outras, atividades estritamente relacionadas à atividade fim da empresa e, por isso, inaplicável o entendimento da Orientação Jurisprudencial 191 (Dono da Obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidaria o subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora).

(...)

Desse modo, embora o, empregado celebre negócio jurídico, (artigo 442 da CLT combinado com 81 do Código Civil de 16) com a real empregadora, ou seja, com a denominada “fornecedora/prestadora”, e inexistir ilegalidade neste contrato, a força produtiva por aquele desenvolvida contribui de modo essencial para a consecução do objetivo visado pelo prestador e tomador.

Ao terceirizar a atividade assume os riscos advindos dessa conduta, figurando o fornecedor, na relação tomador/trabalhador, a semelhança de um preposto.

Há que se considerar o fato de a tomadora haurir benefícios advindos da força produtiva, nascidos do labor também em prol dela realizado, benefícios aqueles que propiciam retorno econômico para a tomadora, fazendo com que a figura do empregado de interposta pessoa desponte como fonte de riqueza também da tomadora; esse fato a torna devedora subsidiária, sob pena de restarem feridos os princípios magnos de valorização do trabalho humano, alçados à dignidade de garantia constitucional (inciso IV, art. 1º, art. 170; art. 193).

Assim, aplica-se à hipótese presente a orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula 331 do C. TST.

Por essas considerações, mantenho a sentença.”



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega que a responsabilidade subsidiária do tomador da mão de obra tem suporte na culpa *in vigilando* e *in eligendo*, e somente no caso de inidoneidade econômica e financeira do empregador, não sendo esta a hipótese dos autos. Argumenta a licitude da terceirização de serviços, mesmo que as empresas prestadora e tomadora tenham o mesmo objeto social. Argui que a matéria atinente às empresas de telecomunicação tem regência legal específica, sendo possível a contratação de terceiros para execução de atividades que lhes são inerentes, pouco importando se afeta a sua atividade meio ou fim. Aponta violação dos artigos 5º, II da Constituição Federal, 186, 927 do Código Civil, 94 e 117 da Lei nº 9.472/97, contrariedade à OJ nº 191, SDI-1 do TST. Traz arestos para o confronto de teses.

O eg. Tribunal Regional atribuiu à reclamada Brasil Telecom a responsabilidade *subsidiária* pela satisfação dos créditos trabalhistas deferidos ao reclamante, nos termos da Súmula nº 331, IV/TST, já que, como tomadora de serviços, foi beneficiária direta da prestação de seus serviços, inerentes à função de instalador de rede de telefonia.

Destacou que, embora as atividades do reclamante estejam relacionadas à instalação de rede de telefonia, atividade-fim da reclamada Brasil Telecom, caso de terceirização irregular, *"o contrato de prestação de serviço enseja a responsabilidade subsidiária do tomador perante as obrigações assumidas pela empresa prestadora de serviço"*.

A terceirização tem sua origem na transferência da responsabilidade por um serviço de uma empresa para outra.

Dentro de uma análise de conjuntura socioeconômica José Affonso Dallegrave Neto registra o pensamento de Paul-Eugene Charbonneau, *"O nosso momento é o momento do Homem Novo, num mundo Novo, dentro de um Sistema Empresarial Novo"*.

Esse mesmo autor traça um paralelo entre o fordismo e o modelo japonês do toyotismo, que desencadeou uma verdadeira revolução



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

do sistema produtivo no mundo globalizado, sendo que as relações de subcontratação em alguns setores sustentam a produtividade e a competitividade dentro desse processo de terceirização da cadeia produtiva, como ocorre hoje no setor automobilístico. A nova realidade, *just in time*, em que "a produção é sob medida", de acordo com a demanda e exigências do consumidor, se contrapõe ao modelo fordista, *the big is beautiful*, em que a empresa "quanto maior é melhor".

A terceirização, portanto, faz parte do mundo globalizado, e cada vez mais vem sendo utilizada como modo de eficiência na produção.

A utilização de serviços, todavia, não é permitida no ordenamento jurídico com o fim de realização da atividade-fim empresarial.

Necessário ressaltar a grande dificuldade que os operadores do direito têm em equacionar o conceito de atividade-fim e atividade-meio.

A atividade-meio é aquela que auxilia a empresa a cumprir o seu objeto principal. A atividade fim é o objetivo principal da empresa. A atividade sem a qual a empresa não existe. A obrigação de não fazer diz respeito a impedir a reclamada de terceirizar seus serviços relativos à atividade fim, fato incontroverso.

A terceirização é considerada uma ferramenta eficaz, num mundo globalizado, para se atingir o real objetivo da empresa, de incrementar o foco na gerência do produto final, deixando as atividades paralelas por conta de processos de terceirização.

A jurisprudência desta c. Corte, ao pacificar o entendimento de ser ilícita a terceirização de atividade-fim, buscou exatamente não se afastar do aspecto social e econômico relativo a esse tipo de autorização, entendendo impossível a relação triangular quando o trabalho a ser efetuado pela prestadora de serviços está vinculado à atividade-fim da empresa.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Isso porque a existência de uma atividade especializada é que norteia a própria existência da empresa prestadora de serviços, estando o trabalhador vinculado diretamente à empresa prestadora, nessa dita relação triangular, com o fim de proceder à prestação de serviços para a empresa tomadora.

É de se ressaltar que os elementos caracterizadores da relação tradicional de trabalho não podem estar presentes, em especial o da subordinação, já que nos termos do art. 2º da CLT é o empregador que dirige a prestação de serviços. Eis o teor da norma: "*considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*".

Diante disso, na execução dos serviços, todas as exigências serão direcionadas ao representante da empresa prestadora, e não aos empregados da tomadora. O salário será pago também à prestação, não havendo como a tomadora exigir pessoalidade (escolha dos empregados que lhe vão servir), nem há como exigir horário de trabalho.

Dentre as possibilidades lícitas de terceirização dos serviços, além do trabalho temporário, tem-se os serviços de vigilância, transportes de valores e segurança, serviços de conservação e limpeza e outros serviços especializados, cujo requisito para configurar a licitude na terceirização demanda apenas que sejam ligados à atividade-meio do tomador.

A realidade atual é de cada vez mais ampliar o rol de atividades terceirizadas, o que já vinha ocorrendo pela terceirização de serviços de alimentação, conservação patrimonial e limpeza, engenharia, manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de oficina mecânica para veículos, transporte de funcionários, serviços jurídicos, serviços de assistência médica, serviços de digitação, distribuição e outros. Não se admite a terceirização de atividade-fim, embora a Súmula 331 do C. TST assim disponha:



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Na redação da Súmula 331, expressamente o item I, prevê que a contratação de empresa interposta é ilegal, salvo no caso de contrato temporário.

A Súmula 331 do c. TST é clara no sentido de ser ilegal a terceirização de atividade-fim, em face exatamente da norma inscrita no art. 2º da CLT.

Ocorre que, no caso, a v. decisão reporta à existência de contratação de serviços pela Brasil Telecom Ltda., com o fim de realização de atividade-fim, que no caso concreto refere-se a serviços vinculados à manutenção e instalação de linhas telefônicas.

Cabe verificar, agora, se no setor de Telecomunicações, em que há previsão para subcontratação de terceiros, está se registrando situação lícita que refoge ao âmbito de incidência da Súmula 331 do c. TST.

Dispõe o art. 25 da Lei nº 8.987/95:



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Cabe, também, ressaltar o que dispõe a lei que regula as telecomunicações, Lei nº 9.472/97, art. 94, inciso II.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I – *omissis*

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Conforme o art. 60, da Lei nº 9.472/97, o “*Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*”

Veja que as normas remetem à possibilidade de contratar com terceiros a atividade-fim, conforme o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95 e inciso II, do art. 94 da Lei nº 9.472/97, na medida em que autorizam a contratação para realização de atividades inerentes, além das acessórias ou complementares ao serviço concedido.

A terceirização já se tornou um fenômeno em destaque no mundo globalizado. Não se pode, todavia, confundir terceirização com *merchandise*.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Não é possível, no entanto, entender que a empresa deve se abster de proceder à contratação de trabalhadores, diante da existência de norma legal validando subcontratação no setor de telecomunicações.

Assim, entendo que a Súmula nº 331 do c. TST, no caso concreto, quando trata da ilicitude da terceirização de atividade-fim, está a proibir a terceirização da prestação de trabalho, concorrente com a empresa tomadora, e não o fracionamento da atividade empresarial ao atribuir para outras empresas determinada linha de produção ou de serviços.

Desta forma, o meu entendimento pessoal é que a terceirização de serviços relativos à atividade-fim da empresa, no caso de empresa do ramo de telecomunicações, não contraria a Súmula 331, I, do C. TST (redação mantida após alterações publicadas no DEJT de 30.5.2011), na medida em que a terceirização da atividade-fim no setor de telecomunicações tem respaldo no ordenamento jurídico, que permite a subcontratação de atividade inerente na concessão de serviço público, não se confundindo com terceirização da prestação de trabalho, visto que realizado mediante empreitada com o fim proposto.

Todavia, esse meu entendimento ficou vencido perante a C. Corte em julgado que firmou o posicionamento constante da decisão da lavra do Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho, que se transcreve:

“RECURSO DE EMBARGOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (Processo: E-RR 586341/1999 Data de Julgamento: 28/05/2009, Relator Designado Ministro: Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT - 16/10/2009.)

Atento, pois, ao entendimento majoritário desta c. Corte, não prospera a alegação da reclamada de que, ao reputar ilícita a terceirização de serviços relativos à atividade-fim da empresa do ramo de telecomunicações, o eg. TRT teria incorrido em ofensa aos arts. 94 e 117 da Lei nº 9.472/97.

Do mesmo modo, não se constata a indicada contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 desta Corte, visto que, como bem fundamenta o eg. Tribunal Regional, o contrato firmado não é de empreitada, mas de prestação de serviços relacionados à atividade-fim da empresa.

Quanto ao art. 5º, II, da Constituição Federal, não há possibilidade de configuração de sua violação literal e direta, nos termos do art. 896, “c”, da CLT.

Com relação à divergência jurisprudencial, os arestos de fl. 319 não são específicos, visto que tratam de hipóteses em que o empregado foi contratado para exercer atividades desvinculadas da atividade fim da empresa de telefonia, diferente do caso dos autos em



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

que o reclamante era instalador de linhas telefônicas. Incide, pois, a Súmula nº 296 desta Corte como óbice ao conhecimento da revista.

Ante o exposto, não conheço.

II - REEMBOLSO DE DESPESAS COM VEÍCULO. NATUREZA JURÍDICA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para, reconhecendo a natureza salarial da parcela comprovadamente paga a título de reembolso de despesas com veículo, determinar a sua integração à remuneração e reflexos. Eis os seus fundamentos:

“Inconformado, o autor alega que as verbas pagas a título de reembolso de veículo possuem natureza salarial e devem ser incorporadas ao salário, para todos os efeitos legais.

A matéria de fundo já é de conhecimento desta E. Turma, em decisão proferida a partir de voto condutor desta relatora, nos autos do processo 00867-2009-071-09-00-0, julgado em 26 de abril de 2001, nos seguintes termos:

Argumenta o autor que recebia valores a título de reembolso de combustível, pagos "por fora", que, no entanto, não se relacionavam com os efetivos gastos. Alega que foi elaborado o método de "reembolso de despesas com veículo", visando remunerar o serviço, mencionando que, por exemplo, se o empregado instalar um telefone público em determinada localidade, receberá R\$ 22,00 e, se na mesma localidade, realizar apenas o reparo do telefone, o valor pago será de R\$ 2,22. Ressalta que, se ambos os serviços são feitos no mesmo local, não deveria haver diferença no pagamento feito, caso se tratasse de efetivo reembolso de despesas com o veículo.

Transcreve trechos de decisões a respeito da mesma questão fática e pede a reforma do decidido.

Apreciando casos semelhantes ao dos presentes autos, esta e. Segunda Turma firmou o entendimento de que o repasse de valores pela ré TELENGE na forma, por exemplo, da cláusula 18ª do ACT de fls. 42-51, seja sob a rubrica "diversos", seja sob a rubrica "aluguel de veículo" ou "reemb c/ desp de veic", consiste em efetivo pagamento de verba salarial.

Isso porque o montante pago a esse título tem como base de cálculo a quantidade e a natureza dos atendimentos externos realizados, havendo nessa



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

cláusula coletiva, inclusive, a fixação de valor para cada um dos serviços prestados.

A propósito, vale conferir o que dispõe a cláusula 18ª do ACT 2003/2005 (fls. 30): 48-49

Os instaladores que utilizam-se de veículo automotor próprio ou de terceiros para a execução dos serviços para a empresa, terão reembolsadas todas as despesas do veículo. Tendo em vista que a quilometragem realizada ao final de cada mês está diametralmente ligada a quantidade de atendimentos externos realizados, os valores de cada atendimentos externos realizados, os valores de cada atendimento dos empregados serão taxados de acordo com a média dos últimos 12 meses, restando assim fixados os valores de reembolso com despesas do veículo.

- a) Ordem de Serviço Interna R\$ 5,00
- b) Ordem de Serviço Externa R\$ 10,50
- c) Instalação de Serviços Especiais R\$ 5,00
- d) Manutenção de Telefone Público R\$ 2,00
- e) Instalação Inicial de Telefone Público R\$ 21,00
- f) Mudança de Endereço de Telefone Público R\$ 21,00
- g) Acessos de Telefone Público R\$ 2,00
- h) Manutenção de Linha de Acesso Convencional R\$ 0,20

Parágrafo primeiro: Os valores acima descritos cobrem as despesas de aluguel, manutenção e combustível do veículo utilizado.

Parágrafo segundo: Os itens que integraram o cálculo para a apuração do valor da manutenção são os seguintes: Depreciação de 20% ao ano, IPVA, Licenciamento Anual, Seguro Obrigatório e Seguro Acidente.

Parágrafo Terceiro: O recolhimento das taxas integrantes do cálculo da manutenção ficam a cargo do proprietário do veículo perante os órgãos competentes, restando a empresa isenta de qualquer obrigação.

Parágrafo Quarto: Como não é possível auferir a quilometragem mensal rodada de cada tipo de serviço, cada um foi apurado sobre uma média acordada pelas partes.

Parágrafo Quinto: Os valores pagos a título de combustível cobrem as despesas do veículo com combustível, óleo, limpeza, desgaste de pneus e peças, estacionamento e revisões.

Parágrafo Sexto: Fixa-se que do valor total recebido pelo empregado ao final de cada mês, 50% corresponda à manutenção e os 50% restante a título de combustível.

Parágrafo Sétimo: Os valores recebidos pelos empregados têm natureza indenizatória (TST-RR-1ª T-120.547/1994, TST-RR-2ªT-141.412/1994 e TST-RR-3ªT-264.126/1996), mesmo porque visam tão somente o ressarcimento das despesas com veículo, considerando aqui como ferramenta de trabalho, pois essencial para o desenvolvimento do serviço.

Daí se extrai que referida norma coletiva visava a mascarar os pagamentos a latere pelos serviços prestados pelo autor, na medida em que não levava em conta as despesas efetivamente realizadas com



PROCESSO N° TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

veículo, mas sim a produção do obreiro, avaliando-a conforme o número e a espécie dos serviços por ele prestados.

Logo, tratando-se de parcelas vinculadas à produção do autor, há de ser reconhecida sua natureza salarial, na forma do artigo 457, § 1º, da CLT, bem como a ineficácia da norma coletiva em debate para fins de determinação da natureza da verba nela prevista.

Por oportuno, cita-se o seguinte precedente, desta mesma relatoria (TRT-PR-00635-2009-567-09-00-3, RO 15057/2010, Acórdão 39025/2010, julgado em 23-11-10 e publicado no DEJT em 03-12-10):

(...)

Portanto, na esteira desses, julgados, reformo a sentença para, reconhecendo a natureza salarial da parcela comprovadamente paga nos autos ao título de reembolso de despesas com veículo, determinar a sua integração à remuneração com reflexos no adicional de transferência, sobreaviso, horas extras, dsrs, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, aviso prévio, FGTS e multa fundiária, sem que se cogita de afronta aos artigos 611 e 818 da CLT, art. 333, I, do CPC e art. 7º, XXVI da CF/1988 na forma suscitada em contrarrazões.”

Nas razões do recurso de revista, a reclamada argumenta ser indevida a integração da parcela, devendo ser observado o disposto nas negociações coletivas. Aponta violação dos artigos 7º, XXVI, 8º, III da Constituição Federal e 611, §2º da CLT.

Infere-se do *decisum* que os valores pagos ao autor, a título de reembolso de despesa com veículo, apesar de previsto como de natureza indenizatória em norma coletiva, na realidade, remunerava a execução das ordens de serviços, não levando em consideração as despesas efetivamente realizados pelo reclamante mas a sua produtividade, pelo que, por se tratar de contraprestação do serviço, detém natureza salarial, sendo devida sua integração.

Assim, não há que se falar em violação dos arts. 7º, XXVI, 8º, III, da CF e 611 da CLT, não havendo como conferir validade à norma coletiva, diante da delimitação do v. acórdão regional de que subtraído direito mínimo à contraprestação pelo trabalho executado.

Não conheço.

III - HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. TRT reformou a r. sentença a fim de afastar o enquadramento do reclamante na hipótese de que trata o artigo 62 da CLT, ao seguinte entendimento:

“A situação do autor se assemelha ao julgado proferido por esta E. Turma, no qual atuei como relatora (autos 00789-2009-072-09-00-0 - RO 18733/2010 - julgado em 10 de maio de 2011, nos seguintes termos:

- a) Enquadramento no artigo 62, I, da CLT - Horas extras O autor não nega o exercício de atividade externa, mas sustenta a inaplicabilidade do artigo 62 da CLT, alegando que a prova testemunhal emprestada (Gabriel Novack, Pedro Gonçalves Lopes e Carlos Becker), evidencia a possibilidade de efetivo controle e fiscalização. Acrescenta nas razões recursais transcrição parcial de julgado proferido por esta E. Turma, o qual reflete a sua realidade e a inaplicabilidade do artigo 62 da CLT, e em que atuei como relatora (00191-2008-053-09-00-1, publicado em 13-10-09). Pede a reforma para que seja afastamento o enquadramento excepcional e deferidas horas extras e reflexos a partir da jornada de trabalho declinada na petição, ou sucessivamente, em outra a ser fixado pelo juízo, inclusive com o reconhecimento de trabalho em sábados, domingos e feriados em regime de sobreaviso e em período de trabalho ativo (atendimentos).

Segundo o raciocínio da decisão mencionada: Remanesce pacificado que o serviço externo, para os fins da exceção contida no art. 62, I, da CLT, exige a conjugação de três pressupostos: a condição de ser prestado fora do estabelecimento empregador, a ausência de controle formal da jornada e, ainda, a circunstância de ser incompatível com a fixação de horário de trabalho.

O enquadramento do autor na exceção legal em tela deve ser provado pelo réu, que a invocou (CLT, art. 818). No entanto, da análise dos autos, constata-se que a ré não se desincumbiu de seu ônus probatório, conforme se extrai da prova oral"

A valoração da prova testemunhal produzida nestes autos e a emprestada permite que se chegue a mesma conclusão.

A testemunha Carlos Decker (supervisor - prova emprestada - fl. 615), afirmou que: "(...) a fiscalização do cumprimento dos prazos era feita pelo próprio sistema, em razão dos horários dos chamados; 26) o supervisor fica sabendo caso o prazo de execução do serviço esteja expirando por intermédio de um controle centralizado localizado em Cascavel/PR (setor de despacho); caso estivesse expirando o prazo, o supervisor ligava para o subordinado para saber por que ainda não havia sido executado o serviço, ou para cobrar a execução do serviço;



PROCESSO N° TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

27) se houvesse necessidade, o supervisor poderia ligar para o subordinado por meio do telefone fornecido pela empresa; 28) não havia necessidade de ligar para saber onde o empregado estava, porque quando era preciso ligar, o setor de despacho já avisava quais eram os possíveis locais em que o instalador estaria (...)"

Pedro Gonçalves Lopes (prova emprestada - fl. 618), que também trabalhou como coordenador de redes, declarou que: "(...) que todo instalador possui um número de matrícula que fica registrado diariamente no sistema no horário de início e término do trabalho diário (...)".

Com o devido respeito à sentença, a meu ver, essas informações são suficientes para comprovar a possibilidade de efetivo controle e fiscalização da jornada de trabalho do autor.

Acrescento a essa conclusão que a testemunha Gabriel Novach (prova emprestada - fl. 563), que também exerceu a função de técnico de redes foi categórico ao afirmar que trabalhava cumprindo jornada das 07h/07h30 às 20/21h00, com intervalo de 30 minutos para almoço, de segunda a sexta-feira, em dois sábados por mês das 08h00 às 16h00, com o mesmo intervalo.

A testemunha interrogada nesses autos (fl. 278), que exerceu as funções de ligador, examinador e de analista de sistema, também declarou que era submetido a controle de jornada de trabalho das 07h30 às 19h/20h00, com duas horas de intervalo, de segunda a sexta-feira, e aos sábados das 07h30 às 12h00.

Por fim, considerando que as rés não se insurgiram contra o argumento da sentença, de que "a rotina de serviço externo do autor, como técnico, não difere da rotina de instaladores, cabistas e demais empregados da Telenge ...", reformo a sentença para reconhecer que, mesmo trabalhando externamente, a autor era submetido a controle e fiscalização da jornada de trabalho, pelo que afastado seu enquadramento na exceção do artigo 62, I, da CLT no período de 16 de fevereiro de 2007 até a dispensa.

Conforme entendimento dessa E. Turma, o fato de ter sido afastado o enquadramento do autor no artigo 62, I da CLT e ausente controle de jornada formal, por si só não autoriza de imediato a consideração da jornada da inicial como verdadeira. (Precedente: RO 32988-2008-028-09-00-8 Ac. 25504/2001 p.30.07.2010). A Súmula 338, I do TST refere-se à presunção relativa (I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário), ou seja, deve ser analisado o contexto probatório dos autos.

Ainda sobre a jornada de trabalho, a testemunha Gabriel Novach (prova emprestada - fl. 563), declarou que:



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

"(...) que no final de semana (sábado e domingo) da semana do plantão, atendia 01 a 02 chamadas, gastando também 04 a 05h em cada atendimento (...) De segunda a sexta-feira, na semana do plantão, fazia 03 a 04 atendimentos, gastando em média 04 a 05 horas em cada atendimento, incluindo o deslocamento (...)"

Já a testemunha Robson Perin da Silva, interrogada nesses autor, afirmou:

"(...) que sua jornada de trabalho era das 07h30 às 19h/20h00 com uma a duas horas de intervalo, de segunda a sexta-feira, sendo que aos sábados laborava das 07h30 às 12h; que o reclamante laborava na mesma jornada do depoente, exceto quanto ao seu final, visto que o mesmo sempre saia mais tarde; (...)" (fl. 278).

As testemunhas das rés (prova emprestada - fls 568 e 614-618), nada mencionaram sobre a jornada trabalhada e os plantões.

Confrontando a jornada declinada na petição inicial e a informada pelas testemunhas, concluo que o autor cumpria jornada média das 08h00 às 20h00, de segunda a sexta-feira, com intervalo intrajornada de uma hora, e que durante o período de plantão (a cada quinze dias), conforme informou na petição inicial, atendida duas chamadas de segunda a sexta-feira e aos sábados, que duravam 03h00 cada uma, já considerando inclusive o tempo de deslocamento.

Portanto, reformo a sentença para fixar que no período posterior a 16 de fevereiro de 2007 o autor cumpria a jornada de trabalho das 08h00 às 20h00, de segunda a sexta-feira, com intervalo intrajornada de uma hora, com dois atendimentos, inclusive aos sábados e domingos, de 03h00 cada um, a cada quinze dias (período de plantão), e para deferir, como extras, o labor excedente da 8ª diária ou da 44ª semanal, de forma não cumulativa, com adicional de 50% e 100% (para o domingo) e divisor 220. Reflexos em repousos remunerados e, com estes, em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, aviso prévio e FGTS (11,2%).

A realização de trabalho em domingos e feriados será apreciado no tópico relativo às horas de sobreaviso, pois o autor mencionou que ocorriam apenas nessa hipótese (fl. 12, item 15.2 e fl. 663, item 9.2.3). Na esteira desse posicionamento, passo à análise da prova testemunhal que as partes convencionaram adotar como emprestada, para aferir, a princípio, a existência de controle e fiscalização da jornada.

Assim, reformo para afastar o enquadramento do autor no artigo 62 da CLT, e para deferir, como extras, as horas trabalhadas após a 8ª diária e, de forma não cumulativa, da 44ª semanal, com reflexos em repousos remunerados e, com estes, em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, verbas salarial paga por fora, aviso prévio, adicional de periculosidade e FGTS (11,2%). Divisor 220, observação à redução noturna, e o adicional de 50%, salvo se houver outro convencional mais benefício. A base de cálculo deve ser composta pelo salário registrado na CTPS e o pago por fora, reajustes salariais, adicional de periculosidade, vale-alimentação e gratificações, com



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

o abatimento, mês a mês, dos valores comprovadamente pagos ao mesmo título.“

Em seu arrazoadado, a reclamada alega serem indevidas as horas extraordinárias, dada a impossibilidade de fixação do horário de trabalho do reclamante, a fim de se aferir a real jornada prestada pelo empregado. Afirma o seu enquadramento no regime previsto no artigo 62, I, da CLT, que reputa violado. Aponta violação dos artigos 62, I, 71 e 818 da CLT, e 333, I do CPC. Traz arestos para o confronto de teses.

O eg. TRT concluiu ser devido o pagamento das horas extraordinárias, reformando a r. sentença que havia enquadrado o reclamante na hipótese prevista pelo item I do art. 62 da CLT, ao fundamento de que, não obstante o trabalho externo, era possível o controle de sua jornada.

De fato, restou delimitado no v. acórdão recorrido a possibilidade de fiscalização da jornada de trabalho, na medida em que *“todo instalador possui um número de matrícula que fica registrado diariamente no sistema no horário de início e término do trabalho diário”*, devendo ser ressaltado que a reclamada fiscalizava o cumprimento dos prazos após a abertura dos chamados; que o supervisor ficava sabendo caso o prazo de execução do chamado estivesse expirando por intermédio de um controle centralizado, procedendo à ligação do empregado para saber o porquê de o serviço ainda não ter sido executado; havendo possibilidade, inclusive, de delimitar os possíveis locais onde o empregado se encontrasse.

Nesse contexto, não se verifica a apontada violação do art. 62, I, da CLT, já que ficou provado o controle indireto de jornada de trabalho.

Estando a decisão baseada na prova, não há se falar também em violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, da CLT, já que o reclamante se desincumbiu do ônus que lhe competia de provar o controle indireto da jornada de trabalho.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Os arestos trazidos a confronto são inservíveis para o confronto de teses, por não indicarem a fonte e/ou repositório de jurisprudência em que publicados (fls. 314/315), a atrair a aplicação da Súmula nº 337/TST.

Não conheço.

IV - HORAS DE SOBREAVISO.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional assim se posicionou quanto ao tema:

“Na petição inicial, o autor declarou que no período que trabalhou em Pato Branco permanecia de sobreaviso em semanas alternadas, do final de uma ao início da jornada seguinte, e por vinte e quatro horas aos sábados, domingos e feriados, durante sete dias por semana. Em Cascavel, mencionou que permanecia de sobreaviso a cada duas semanas, nos mesmos moldes que em Pato Branco. Colacionou prova documental (fls. 68-70), e acrescentou que era pago extra folha R\$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais), valor relativo a um plantão/sobreaviso por mês.

Segundo o que se extrai dos autos, a prova documental foi impugnada ao argumento de que foi produzida de forma unilateral, porém, não desconstituída. Já a prova oral, a meu ver, confirmou que o autor fazia plantão/sobreaviso.

A testemunha de indicação do autor, Leandro Kozerski, que prestou informações relativas ao período de trabalho em Pato Branco, afirmou que "autor e depoente integravam escalas de plantões, em semanas alternadas, inicialmente de segunda a segunda e depois de sexta a sexta; nos plantões, sábados, domingos e feriados eram durante 24 horas (...) ocorreu de 'virarem a noite realizando serviços' (...) o depoente era chamado aproximadamente 3 vezes em cada plantão; nem sempre quando chamado nos plantões, havia necessidade do suporte do autor (...) (fl. 322, frente e verso).

A segunda testemunha do autor, Alexandre Augusto Pastre, que prestou informações relativas ao período de trabalho em Cascavel, afirmou que: (...) 27) que trabalhavam em média das 7h30/8h às 19h, com 30/40 minutos de intervalo, que 2 a 3 vezes por semana estendiam a jornada até as 22h; (...) 35) que trabalhavam em domingos e feriados em plantões referindo que estes eram de forma alternada, trabalhando um sim, outro não, que nestes dias trabalhavam nos mesmos horários já informados; 36) que aos sábados trabalhava das 8h às 18h, com intervalos de 40 minutos, dizendo que às vezes poderiam estender um pouco mais a jornada; (...) 41) que havia escala de



PROCESSO N° TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

sobreaviso, que se iniciava de sexta e terminava na outra sexta, de forma alternada, oportunidades em que não poderia sair da área de cobertura, nem viajar; 42) que recebia de 4 a 5 chamadas quando estava no sobreaviso; 43) que nos domingos e feriados tinha de 6 a 8 chamadas; (...) 58) que no sobreaviso e nos finais de semana os chamados eram de clientes residenciais e comerciais; (...) (fl. 323, frente e verso).

A primeira testemunha das rés, José Vogt, afirmou que: (...) 10) existia sobreaviso para a função executada pelo reclamante; (...) (fl. 324).

Por sua vez, a segunda testemunha, Pedro Baldunio Sella, mencionou que: (...) que aos sábados e domingos era escalado um funcionário para atender toda a Região, sendo que o reclamante já participou da escala; que a escala dos sábados e domingos era revezada em três funcionários, de forma que o escalado trabalha o final de semana (sábado e domingo), desde que apareça o serviço; que com relação aos sábados, domingos e feriados, no tocante ao aparecimento de serviços, ocorria a mesma situação dos dias úteis da semana; (...) que as condições de trabalho do reclamante sempre foram as mesmas, durante todo o período contratual, ou seja desde a admissão pela primeira reclamada até o termino contratual; (...) (fl. 324-325)

Despiciendo argumentar que o indivíduo que labora nessa situação não tem plenas condições de liberdade, vale dizer, o seu arbítrio de ir e vir é limitado sensivelmente, visto que, a priori, permanece em estado de alerta, para qualquer chamada, a qualquer tempo, independente do meio que era contactado. De fato, não se trata de plantão, mas sim de período de sobreaviso.

Urge homenagear a interpretação teleológica do preceito legal do artigo 244, §2º, da CLT, buscando-se o alcance social da norma, tal como a dada no voto de lavra do Exmo. Ministro Marco Aurélio de Mello (in REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA - João de Lima Teixeira Filho - RJ 1983, v. II - p. 960), quando ainda ocupava o honroso cargo de Ministro da Excelsa Corte Trabalhista, quando do julgamento do Recurso de Revista 2.123/81.

Nessa ocasião, o Exmo. Ministro expôs que a interpretação literal da norma citada deve dar espaço à interpretação que busca a *ratio legis*, de modo que o sobreaviso não se restrinja ao cumprimento do regime na própria residência, bastando que haja meio eficiente de localização e convocação do empregado, nas situações em que o empregador solicita seus préstimos laborais, o que já caracteriza a limitação da locomoção do obreiro, o qual deve portar qualquer tipo de aparelho que permita a sua localização.

Comungo desse entendimento, também adotado pela d. maioria desta E. Segunda Turma, no sentido de que é devido o pagamento das horas de sobreaviso quando comprovada a limitação de locomoção do obreiro.

Assim, no caso concreto, considero que o autor poderia ser chamado para trabalhar a qualquer momento, tinha a sua liberdade de “ir” e “vir” comprometida, devendo permanecer de prontidão para eventual atendimento, circunstância que, a meu ver, configura regime de sobreaviso.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

Desse modo, por aplicação analógica do disposto no art. 244, da CLT, as horas de sobreaviso devem ser remuneradas à base de um terço da hora normal, excluídas as horas efetivamente trabalhadas pelo autor durante o apontado período de sobreaviso (que já se encontram incluídas entre as horas extras); pois não se trata de remunerar o labor prestado, mas o tempo à disposição da empregadora.

Para, efeito de delimitação do trabalho realizado em regime de sobreaviso, fixo que era cumprido da seguinte forma: Em Pato Branco, em semanas alternadas, do final de uma ao início da jornada seguinte (das 21h30 às 08h00), e vinte e quatro horas aos sábados, domingos, e feriados. Em Cascavel, a cada, duas semanas, do final de uma ao início da jornada, seguinte (das 19h00 às 08h00), e por vinte e quatro horas aos sábados, domingos e feriados, estes, que fixo apenas como sendo os locais, porque não indicados.

Ante o exposto, reformo para condenar as rés ao pagamento de horas de sobreaviso, assim entendidas aquelas em que o autor ficou à disposição, excluídas aquelas já reconhecidas como de efetivo labor extraordinário, com remuneração correspondente a 1/3 do valor da hora normal, calculada conforme divisor e base de cálculo definidos para as horas extras, com reflexos em RSRs e, com estes, adicional de periculosidade, férias acrescidas de 1/3, 13º Salários, aviso prévio e incidência de FGTS (11,2%). A fim de evitar o enriquecimento ilícito do autor, determino o abatimento, mensal de R\$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais), quantia que, na petição inicial, admitiu ter recebido mensalmente, ao mesmo título.”

Nos embargos de declaração, ressalta, ainda, que:

“Diante dessas considerações, embora não se tenha feito menção expressa ao uso de telefone celular, conforme alega a embargante, a sua utilização não altera a conclusão de que o empregado permanecia de prontidão para eventuar atendimento, e com a liberdade de locomoção cerceada, o que caracteriza o regime de sobreaviso”

Nas razões do recurso de revista, alega que a utilização de bip e/ou telefone celular não limitava a liberdade de locomoção do reclamante. Afirma que esse tempo de sobreaviso não representou tempo à disposição do empregador, visto que o reclamante não estaria à disposição da empresa, podendo se deslocar livremente para outras atividades, inclusive de lazer. Aponta violação dos artigos 4º e 244, §2º da CLT e contrariedade à Súmula nº 428 do TST.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

A tese do eg. TRT é que de o reclamante poderia ser chamado ao trabalho a qualquer momento, tendo restringida a sua liberdade de locomoção, devendo permanecer de prontidão para eventual atendimento, razão pela qual concluiu serem devidas as horas de sobreaviso.

Ressaltou o eg. TRT que o reclamante exercia plantões com alternância semanal; que recebia de 4 a 5 chamadas quando estava no sobreaviso; que nos domingos e feriados tinha de 6 a 8 chamadas; sendo que, nesses dias, no tocante ao aparecimento de serviços, o trabalho assemelhava-se ao dos dias úteis da semana.

Verificado, diante desse contexto, o regime de sobreaviso, bem como a restrição à liberdade de locomoção, não há que se falar na indicada ofensa aos artigos 4º e 244, § 2º, da CLT.

Do mesmo modo, a mera utilização do telefone celular como forma de comunicação não é apto a descaracterizar o tempo de sobreaviso, demonstrado que o reclamante, efetivamente, teve restringida a sua liberdade de locomoção, a afastar a indicada contrariedade às Súmula nº 428/TST.

Com esses fundamentos, não conheço do recurso de revista.

V - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA.

CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional assim se manifestou:

“Tornou-se incontroverso que o autor foi contratado em 23 de janeiro de 2006, em Pato Branco, e que foi transferido para Cascavel em fevereiro de 2007, localidade em que permaneceu até a ruptura contratual”.

Acerca da transferência do empregado, o princípio geral, consubstanciado no art. 469 da CLT, é o da intransferibilidade, permitindo a regra apenas uma exceção, ou seja, quando houver real necessidade de serviço.

Contudo, mesmo nessa hipótese, o adicional de transferência será devido, pois a situação traçada é a de não poder o empregado obstar a remoção. As hipóteses elencadas no art. 469 e parágrafos da CLT (exercício



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

de cargo de confiança; existência de previsão em cláusula contratual; necessidade de serviço), apenas tornam lícita a transferência do empregado, não exonerando o empregador do pagamento do adicional respectivo (parágrafo 3º do mesmo artigo), porquanto o ato decorreu de iniciativa sua, pelo que, não se verifica violação à OJ 113 da SDI-1 do C. TST.

Em síntese, sempre que houver mudança do local da prestação de serviços, a parcela é devida, excetuando-se o caso de transferência decorrente de interesse do próprio empregado, quando inequivocamente comprovado, o que não é a hipótese dos autos.

A despeito de o autor ter permanecido no local da transferência até a ruptura contratual, acrescento que toda transferência pressupõe, implicitamente, o caráter de transitoriedade, já que, em tese, sempre subsiste a possibilidade de ocorrer nova mudança de local de trabalho. Se não há fixação legal de duração máxima de transferência, presume-se que esta seja provisória sempre que não ressalvada expressamente sua definitividade.

De qualquer forma, independente do tempo que perdurou a transferência, devido o pagamento do adicional previsto no parágrafo 3º, do artigo 469 da CLT, considerando que referida norma determina ser devido o adicional "enquanto durar essa situação".

(...)

Acrescento, ainda, que mesmo quando não há traços de abusividade, esse fato não retira o direito do autor à percepção da parcela aditiva no percentual legal.

Portanto, considerando, em síntese, que, o entendimento unânime desta Egrégia Segunda Turma é no sentido de que apenas a transferência a pedido desobriga o pagamento do adicional, o que não é a hipótese dos autos, nada há a alterar na sentença. Mantenho.”

Nas razões do recurso de revista, sustenta a reclamada que a transferência ocorrida teve caráter de definitividade, dado o lapso temporal de 3 (três) anos em que o reclamante permaneceu na localidade para o qual foi transferido. Aponta violação do artigo 469, § 3º da CLT e indica contrariedade à OJ nº 113, SDI -I do TST. Traz arestos para o confronto de teses.

Consta no v. acórdão regional que o reclamante foi contratado em 23 de janeiro de 2006, em Pato Branco, tendo sido transferido para Cascavel em fevereiro de 2007, localidade em que permaneceu até o término do contrato de trabalho.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

A tese do eg. TRT é de que somente a transferência a pedido não enseja o pagamento do adicional.

Assim, diante do entendimento do eg. TRT de que tanto a transferência definitiva como a provisória enseja o pagamento do adicional, verifica-se a indicada contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 113 da SDI-I desta c. Corte, no sentido de que somente quando provisória é devido o adicional de transferência.

Conheço, por contrariedade ao referido verbete sumular.

MÉRITO

Dispõe o artigo 469, em seu § 3º, da CLT, **in verbis**:

"Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

(...)

§ 3º. Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar o contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação".

O § 3º do artigo 469 da CLT, ao prever o pagamento de adicional de transferência no percentual de 25% (vinte e cinco por cento), condicionou a percepção do citado adicional à provisoriedade da remoção efetuada como se pode inferir da seguinte expressão: enquanto durar essa situação (art. 469, § 3º, *in fine*).

É nesse sentido, inclusive, o entendimento pacífico desta Corte Superior, conforme demonstra a redação da Orientação Jurisprudencial nº 113 da Seção Especializada em Dissídios Individuais:



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

"ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA. O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória".

No caso de que se trata, constata-se que houve apenas uma só transferência, tendo o reclamante sido contratado em Pato Branco, foi transferido para Cascavel em fevereiro de 2007, localidade em que permaneceu até o término do contrato de trabalho.

Assim sendo, por se tratar de transferência definitiva, não cabe adicional, a teor do que dispõe o artigo 469, § 3º, da CLT e em consonância com a iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal Superior consubstanciada na Orientação Jurisprudencial acima transcrita.

Pelo exposto, dou provimento do recurso de revista para excluir da condenação o adicional de transferência.

VI - RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA.

RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO

Quanto ao tema em epígrafe, é de se transcrever os doutos fundamentos do v. acórdão recorrido:

“Quanto aos critérios, após reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, esta E. Turma, revendo posicionamento, passou a aplicar o entendimento de que o regime fiscal a ser adotado deve levar em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem os rendimentos pagos acumuladamente em razão de decisão judicial.

Nesse sentido, conforme entendimento pacífico do STJ, há os seguintes arestos jurisprudenciais:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. CÁLCULO DO IMPOSTO. TABELAS E ALÍQUOTAS PRÓPRIAS DA ÉPOCA A QUE SE REFEREM OS RENDIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NAS 1ª E 2ª TURMAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO



PROCESSO N° TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

DA RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. ART. 46 DA LEI N. 8.541/92. PRECEDENTES DO STJ. 1. No caso de rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de sentença judicial, está consolidada a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas desta Corte, que o cálculo do imposto de renda deve levar em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos (...) (REsp 1047343/RS, Recurso Especial 2008/0077685-2, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 04/02/2009).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. 1. No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos. 2. O art. 12 da Lei 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não o modo de calcular o imposto. 3. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp 641531/SC, Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0018698-3 Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 21/11/2008)

Assim, o cálculo do imposto de renda deve ser mensal e não global, com fundamento no art. 145, §1º, da C.F. (1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte), observando-se, portanto, a capacidade econômica do contribuinte, sob pena de se tratar desigualmente contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, inc II, da C.F.). O recolhimento sobre o total acumulado, chamado regime de caixa, implica em ofensa ao princípio da capacidade contributiva, pois impõe o pagamento de imposto ao contribuinte que não estaria sujeito a recolhimento se houvesse ocorrido a repercussão fiscal sobre a renda oportunamente. Desse modo, deixa-se de aplicar o item II da Súmula 368 do C. TST, haja vista a interpretação conforme à constituição, acima referida.

Por fim, assevero que se deixa de aplicar a Súmula 368, do C. TST, haja vista a interpretação conforme a Constituição, acima referida. Da mesma forma, não se vislumbra ofensa aos dispositivos legais mencionados em recurso.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega que o recolhimento do imposto de renda deve alcançar a totalidade da condenação, sendo realizado de uma única vez. Aponta violação dos artigos 5º, II e 114 da Constituição Federal, 46 da Lei nº 8.541/92 e 43 da Lei nº 8.620/93. Indica contrariedade à Súmula nº 368, II, bem como às OJs nº 219 e 363 do TST.



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

A tese do v. acórdão regional é que o cálculo do imposto de renda deve observar o critério mensal, considerando-se as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem os rendimentos pagos acumuladamente em razão de decisão judicial.

Com efeito, a matéria relativa ao regime de apuração dos descontos fiscais - imposto de renda - resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial teve alterado o entendimento nesta c. Corte, em razão de alteração legislativa que determinou que na apuração do imposto de renda fosse observado o regime de competência, e não o regime de caixa como vinha decidindo este eg. Tribunal Superior do Trabalho.

De fato, o art. 12-A da Lei nº 7.713/1988, cuja atual redação foi conferida pela Lei nº 12.350/2010, assim dispõe:

“Art. 12-A. Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês.

§ 1º O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito.

(...)

§ 9º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo.” (grifos apostos)

Por sua vez, a Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 1.127/2011, regulamentando a tributação dos Rendimentos Recebidos Acumuladamente (RRA) a que se refere o citado § 9º, com a seguinte redação:



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

“Art. 2º Os RRA, a partir de 28 de julho de 2010, relativos a anos-calendário anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês, quando decorrentes de:

(...)

II - rendimentos do trabalho.

§ 1º Aplica-se o disposto no caput, inclusive, aos rendimentos decorrentes de decisões das Justiças do Trabalho, Federal, Estaduais e do Distrito Federal.

Art. 3º O imposto será retido, pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito, e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se referem os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito.”

Diante da nova redação conferida ao art. 12-A da Lei 7.713/88, acrescentado pela Lei 12.350/2010, e do disposto na Instrução Normativa nº 1.127/2011, da Receita Federal, este c. TST, a par da alteração legislativa, revisou o conteúdo da Súmula 368, II, desta c. Corte, em sessão recente do Tribunal Pleno, realizada em 16/04/2012.

Eis a nova redação do item II da Súmula 368:

“DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988.

III - Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991 e determina que a contribuição do



PROCESSO Nº TST-RR-618100-52.2009.5.09.0069

empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)

Nesse sentido, deve ser observado o regime de competência (mês a mês) para a apuração dos descontos fiscais, nos termos do art. 12-A da Lei 7.713/88.

Verifica-se, pois, que a decisão do eg. TRT, ao determinar que no cálculo do imposto de renda seja observado o critério mensal, está em consonância com esse entendimento, a atrair a aplicação da Súmula nº 333/TST e do artigo 896, § 4º, da CLT, como óbice ao conhecimento do recurso de revista.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, quanto ao adicional de transferência, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 113 da SDI-I desta c. Corte e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir a parcela da condenação.

Brasília, 20 de Junho de 2012.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA
Ministro Relator