



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)
GMDMC/Ejr/nc/bh

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. DIFERENÇAS SALARIAIS. SALÁRIO FIXADO EM MOEDA ESTRANGEIRA COM PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL PELA TAXA CAMBIAL DO DIA DO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO SALARIAL DEMONSTRADA. Segundo o Regional, embora não haja proibição da fixação do salário em euros, a determinação do seu respectivo pagamento em moeda corrente do País, na forma estipulada no contrato de trabalho, não poderia implicar em reduções no salário do empregado, tendo em vista a expressa vedação da redução salarial, sem previsão normativa, nos termos dos artigos 7º, VI, da CF e 468 da CLT. Com efeito, a decisão tal como posta não implica violação do artigo 463 da CLT, porquanto constatado que a reclamante sofreu redução nominal do salário em razão da variação cambial. Divergência jurisprudencial inválida e inespecífica. **2. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. BANCO DE HORAS. INVALIDADE.** O Regional concluiu por manter a invalidade do regime de banco de horas sob o fundamento de que não houve a juntada de Acordo Coletivo de Trabalho instituindo tal regime de compensação. Aplicou, ao caso, o disposto no item V da Súmula nº 85 do TST. Por outro lado, ao contrário do que afirma o reclamado, não há registro no acórdão regional de suposta existência de compensação individual da jornada de trabalho. Diante desse quadro, não há como divisar contrariedade à Súmula nº 85, III, do TST. Divergência jurisprudencial inespecífica. **3. HORAS EXTRAS. LIMITE DIÁRIO.** Não há falar em violação do artigo 7º, XIII, da CF, pois, como bem ressaltou o Regional, restou invalidado o sistema compensatório adotado pelo reclamado, e



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

a reclamante demonstrou que, em alguns dias da semana, ultrapassou o limite diário de 8 horas de trabalho previsto no citado dispositivo constitucional. Divergência jurisprudencial inespecífica. **4. JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS. PRORROGAÇÃO HABITUAL. DIREITO AO INTERVALO INTRAJORNADA MÍNIMO DE UMA HORA.** O Regional decidiu em plena conformidade com a Súmula nº 437, IV, do TST, ao declarar o direito da reclamante ao intervalo intrajornada mínimo de 1 hora, porquanto, *"ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora"*. Incólume, assim, o art. 71, § 1º, da CLT, uma vez que, à luz do entendimento consagrado por esta Corte Superior, a duração do intervalo intrajornada é definida com base na duração efetiva da jornada, e não com base na carga horária contratual. **5. HORAS DE SOBREAVISO.** O Regional, ao reconhecer que o regime de sobreaviso ocorria em uma semana, a cada três meses, até julho de 2012, do encerramento da jornada de trabalho até às 22h do mesmo dia e das 8h às 22h, em finais de semana e feriados, levou em consideração as alegações da reclamante em sua inicial, em relação ao tempo de permanência em regime de sobreaviso e, sobretudo, o fato de que o próprio preposto do reclamado admitiu que referido regime ocorria naqueles moldes, ou seja, que em uma semana, a cada três meses, após o horário de trabalho, a reclamante era submetida a regime de plantões, destacando expressamente que naquelas ocasiões não poderia locomover-se para região não abrangida por sinal de celular, o que, de fato, demonstrou a evidente restrição na liberdade de locomoção da empregada nos moldes delineados na



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Súmula nº 428 do TST. **Agravo de instrumento conhecido e não provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028**, em que é Agravante **CONSULADO GERAL DA ITÁLIA** e Agravada **STEFANIA PETRUZZIELLO**.

A Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pela decisão de fls. 538/543, denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo reclamado.

Inconformado, o reclamado interpôs agravo de instrumento às fls. 545/562, insistindo na admissibilidade do recurso de revista.

A reclamante apresentou contraminuta e contrarrazões, respectivamente, às fls. 578/581 e 566/577.

Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

A reclamante, em contraminuta, às fls. 579/580, sustenta o não conhecimento do agravo de instrumento por incidência do art. 514, II, do CPC/73 e da Súmula nº 422 do TST, argumentando que o reclamado não atacou os fundamentos do despacho denegatório da revista.

Ressalta, ainda, que o agravante não cumpriu o requisito trazido pelo § 8º do artigo 896 da CLT, qual seja o de destacar "*as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados*".

Sem razão.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Contrariamente ao que alega a reclamante, da leitura da minuta do agravo de instrumento verifica-se que o reclamado impugna os fundamentos da decisão denegatória, apresentando argumentação que visa a demonstrar a admissibilidade do recurso denegado.

Dessa forma, **rejeito** a preliminar arguida e, uma vez satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, **conheço** do agravo de instrumento.

II - MÉRITO

1. DIFERENÇAS SALARIAIS. SALÁRIO FIXADO EM MOEDA ESTRANGEIRA COM PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL PELA TAXA CAMBIAL DO DIA DO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO SALARIAL DEMONSTRADA.

Eis os termos do acórdão:

“PRESCRIÇÃO - DIFERENÇAS SALARIAIS

Consta, da r. Sentença (fls. 326/328):

"O Reclamado invoca a aplicação ao caso concreto da Súmula 294 do C. TST, ao argumento de estar fulminado pela prescrição total os pleitos alusivos à redução salarial, diferenças salariais e alteração do pactuado.

Sem razão.

Não há de se cogitar da aplicação *in casu* do entendimento jurisprudencial presente na Súmula 294 do C. TST, haja vista que os pedidos que o Réu alega estarem prescritos aludem a parcela assegurada por preceito de lei, cuja lesão é renovada a cada mês.

Diversamente das lesões de trato sucessivo perseguidas pela Autora, a teoria do ato único se baseia numa conduta instantânea, não verifica no caso em tela, que se aperfeiçoa de uma só vez pelo empregador.

Afasto.

(...)



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

A reclamante pretende o pagamento de diferenças salariais sustentando que embora sua remuneração fosse estipulada em Euro, o pagamento era feito em moeda nacional, no cambio do dia do pagamento, o que gerou redução salarial, vedada pelo ordenamento brasileiro.

A reclamada sustenta que a prática não ocasiona redução alguma porque o valor fixado em Euro nunca foi diminuído.

Incontroverso que a contratação em moeda estrangeira é válida, mas nossa legislação exige que o pagamento seja feito em moeda corrente no país (art. 463 da CLT).

A rigor, a conversão para a moeda corrente deveria obedecer ao câmbio da data da celebração do contrato e sobre este salário os reajustes legais ou da categoria, para fins de preservação da política salarial vigente, procedimento que não foi observado no caso dos autos.

Faz-se necessário salientar que da forma cumprida pela ré, nos momentos em que o Euro sofresse valorização superior ao real, a obreira receberia salário bem superior ao que determinava nossa política salarial.

No entanto, não se pode olvidar dos princípios basilares no nosso Direito do Trabalho, especialmente a irredutibilidade salarial e a condição mais benéfica, que no caso dos autos implica a manutenção do salário convertido no mês anterior sempre que no mês do pagamento a conversão resultar em um menor.

Em que pesem as alegações da ré, no sentido de que o País que representa tem passado por sérias dificuldades econômicas, tal fato não implica o reconhecimento de força maior para a redução salarial, tendo em vista que esta decorreu simplesmente da conversão da moeda e não de alteração do pactuado. Assim, como dito, nos meses em que houvesse valorização da moeda estrangeira não haveria redução, o que não condiz com o instituto da força maior.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Embora a autora tenha aceitado a forma de contratação, havendo prejuízo é lícita a discussão, como feito no caso do presente, até porque o contrato não prevê especificamente a data de conversão do salário.

Portanto, defiro o pedido de diferenças salariais, observando para tanto a conversão do salário da reclamante no momento da contratação, o que gerará reflexos em repousos semanais remunerados (domingos e feriados), verbas rescisórias, 13º salários, férias com 1/3 (32 dias conforme contrato - fls. 38) e FGTS.

O saldo salarial a ser observado é o que consta no TRCT - 1 dia - uma vez que a autora retornou das férias no dia imediatamente anterior à rescisão (fls. 153 e 227)."

O Réu entende que está prescrito o pleito referente à redução salarial, sob o argumento de que houve "uma autêntica alteração do que fora acordado entre as partes". Invoca a aplicação da Súmula nº 294 do C. TST. Argumenta que não existe lei que disponha acerca da impossibilidade de fixação do salário de Empregado de Pessoa Jurídica de Direito Público Externo em moeda estrangeira. Quanto ao mérito, propriamente, dito, aduz que a fixação do salário em moeda estrangeira deu-se, no momento da contratação, não havendo qualquer alteração contratual lesiva ao Empregado e, tampouco, redução do salário nominal. Afirma que a Autora nunca insurgiu-se contra tal fato. A título sucessivo, pretende o abatimento dos valores pagos, quando a taxa cambial foi superior àquela da contratação.

Sem razão.

A Autora foi admitida, em 02-03-2009, para exercer a função de Assistente Administrativa, e pediu demissão em 14-11-2012, sem cumprir o aviso prévio (TRCT - fl. 84). A Ação foi ajuizada em 19-12-2012, de modo que não há prescrição a ser declarada.

Consoante a Súmula nº 294 do C. TST:

"Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei."

Há dispositivo constitucional (artigo 7º, VI, da Constituição Federal), salvo o disposto em Instrumento Coletivo e celetista (artigo 468 da CLT) que garantem a irredutibilidade e a intangibilidade dos salários, de sorte que, afastada a tese do Réu de prescrição da pretensão ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de alegada redução salarial.

Superada tal questão, observo que, de acordo com o artigo 3º do Contrato de Trabalho, foi pactuada a remuneração da Autora em Euros.

O Réu reconhece tal prática ao consignar que "o valor do salário da autora sempre foi estipulado em Euro, com a determinação da utilização da taxa cambial para a fixação do salário que era mantido mensalmente" (fl. 100).

A Tabela elaborada pela Autora, à fl. 03, cujos valores não foram impugnados, especificamente, pelo Réu, demonstram que, de fato, houve redução no salário, ao longo da contratualidade.

Em que pese não haja proibição da fixação do salário em Euros, o respectivo pagamento deve ser feito em moeda corrente do País, conforme determinação do artigo 463 da CLT.

Ocorre que, à toda evidência, estipulação nesse sentido não pode implicar reduções no salário do Empregado, já que, como cediço, é, expressamente, vedada a redução salarial, sem previsão normativa (artigos 7º, VI, da CF e 468 da CLT).

Desse modo, reputo correta a r. Sentença ao reconhecer devidas à Autora as diferenças salariais oriundas de tal prática, a qual, embora não possa ser considerada ilícita, mostra-se abusiva, visto que torna a remuneração do Empregado flutuante, conforme as taxas cambiais do dia do vencimento da obrigação.

Quanto ao pleito sucessivo do Réu, de que sejam abatidos os "valores pagos quando a taxa cambial foi superior àquela da contratação", mostra-se inovatório, merecendo rejeição de plano.

De qualquer forma, a Tabela apresentada à fl. 03 (não impugnada) indica que não houve pagamento de salário com base em taxa cambial superior àquela da contratação.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Sendo assim, **MANTENHO.**” (fls. 450/454 – grifos no original)

Nas razões de revista (fls. 512/518), o reclamado insurge-se contra a decisão do Regional que manteve a sentença que deferiu à reclamante o pagamento de diferenças salariais, em virtude da oscilação da moeda estrangeira no momento do pagamento do salário, que era fixado em euro, mas pago em real.

Aduz que a fixação do salário da empregada em moeda estrangeira deu-se no momento da contratação, não havendo qualquer alteração contratual lesiva à empregada. Ou seja, a reclamante estava ciente da forma de sua remuneração desde a sua contratação, já que assinou o contrato de trabalho, não havendo ofensa ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

Defende a inexistência de redução nominal do salário da empregada, já que o valor percebido, fixado em euro, não foi modificado. Dessa forma, não há que se falar na incidência do princípio da irredutibilidade salarial, vez que o valor nominal do salário da reclamante jamais foi alterado nos três anos em que o recebeu.

Destaca que o entendimento jurisprudencial é de que a conversão do salário em euros para reais deve se dar no dia do pagamento efetivo da contraprestação, conforme procedia.

Aduz, ainda, que a remuneração da reclamante sofreu modificações para mais e, eventualmente, para menos, em decorrência da oscilação da moeda estrangeira. Assim, existiram períodos em que a reclamante se beneficiou, vez que, nos anos em que o euro sofreu valorização superior ao real, a obreira recebeu salário bem superior ao que determinava nossa política salarial.

Por fim, informa que o art. 463 da CLT, veda o pagamento do salário do empregado em moeda estrangeira, não vedando, entretanto, a sua fixação em moeda estrangeira.

Fundamenta o recurso em violação do artigo 463 da CLT e em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O Tribunal Regional, soberano no reexame do conjunto fático probatório dos autos, constatou que, além da remuneração da



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

reclamante ter sido pactuada em euros, nos termos do artigo 3º do seu Contrato de Trabalho, o próprio reclamado havia reconhecido tal prática, ao declarar que *"o valor do salário da autora sempre foi estipulado em Euro, com a determinação da utilização da taxa cambial para a fixação do salário que era mantido mensalmente"*.

Por outro lado, consignou, também, que a reclamante comprovou, por meio de tabela por ela elaborada, cujos valores não foram impugnados, que, de fato, houve redução no salário, ao longo da contratualidade em razão dessa forma de pagamento.

Diante desse quadro, concluiu aquela Corte que, embora não haja proibição da fixação do salário em euros, a determinação do seu respectivo pagamento em moeda corrente do país, na forma estipulada no contrato de trabalho, não poderia implicar em reduções no salário do empregado, tendo em vista a expressa vedação da redução salarial, sem previsão normativa, no termos dos artigos 7º, VI, da CF e 468 da CLT.

Com efeito, a decisão, tal como posta, não implica violação do artigo 463 da CLT, porquanto constatado que a reclamante sofreu redução nominal do salário em razão da variação cambial.

Ademais, inclusive ressaltou o Regional, *"a Tabela apresentada à fl. 03 (não impugnada) indica que não houve pagamento de salário com base em taxa cambial superior àquela da contratação"*.

A divergência jurisprudencial indicada não socorre a recorrente dada a inespecificidade dos arestos trazidos a confronto, nos moldes delineados pelo item I da Súmula nº 296 do TST.

Com efeito, os arestos transcritos às fls. 516/517, procedentes do TRT da 1ª Região, analisam a questão sob o prisma da possibilidade de se fixar o pagamento do salário em moeda estrangeira com conversão no dia do vencimento sem, contudo, retratar a particularidade na qual não se baseou a Corte *a quo*, que decidiu com base na efetiva demonstração de redução salarial do empregado vedada pelos artigos 7º, VI, da CF e 468 da CLT.

Salienta-se, por fim, que os arestos de fls. 514/516, são inservíveis, pois oriundos do mesmo Regional prolator da decisão, órgão não elencado no artigo 896 da CLT; já os procedentes do TRT da 2ª Região não atendem ao disposto na Súmula nº 337, I, "a", do TST.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Nego provimento.

2. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. BANCO DE HORAS. INVALIDADE.

Eis os termos do acórdão:

“HORAS EXTRAS - JORNADA DE TRABALHO - FERIADOS - PAGAMENTO EM DOBRO (ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS)

Assim decidiu a Exma. Juíza de Origem no que atine às horas extras postuladas (fl. 330/332):

"Assevera a reclamante que habitualmente prorrogava a sua jornada de trabalho a favor da reclamada, sem, contudo, receber o pagamento correspondente. Em audiência, reconheceu a veracidade dos controles de jornada.

A reclamada aduz que a jornada era anotada e que as horas excedentes a 36ª semanal eram objeto de compensação.

Pois bem.

Primeiramente, observo que o contrato da reclamante prevê a jornada de 36 horas de trabalho divididas em cinco dias úteis, bem como a possibilidade de prorrogação. Tal previsão não implica a divisão equânime da jornada em todos os dias (fls. 144).

De acordo com os cartões-ponto, com os quais a autora concordou, verifico que procedem as alegações da ré quanto à divisão das horas de trabalho, qual seja, das 8h às 18h de segunda e quarta-feira e das 8h às 14h de terças, quintas e sextas, com intervalos de 1h e 15 minutos respectivamente.

Assim, a jornada a ser observada é a de 36 horas semanais.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Quanto à compensação, não comprova a ré a existência de qualquer acordo entre as partes. O contrato prevê apenas a possibilidade de prorrogação e a "recuperação" da mesma forma que o pessoal da sede (fls. 144).

Não veio aos autos documento que corrobore a forma de compensação havida, nem mesmo controle rígido das horas a serem compensadas, causando confusão ao obreiro, observando, neste aspecto as anotações dos controles de jornada, feitas de forma simplória.

A autora apresentou demonstrativo de horas extras, o qual não foi impugnado pela ré, onde verifico que existem horas de trabalho sem quitação.

Condeno a reclamada a pagar as horas excedentes a 36ª semanal (condição contratual), apuradas em conformidade com os controles que vieram aos autos.

(....)

O trabalho prestado em prejuízo do descanso semanal remunerado, bem como em feriados deverá ser remunerado em dobro, sem prejuízo da remuneração correspondente ao repouso semanal remunerado, quando não houver compensação na semana.

Quanto aos feriados, conforme suscitado na defesa da ré (fls. 107/108), observo que o contrato prevê que a fruição dos feriados locais é de opção do empregado e em caso de descanso nestes dias, haverá compensação com a redução do número de férias (fls. 143). -

A reclamante refuta nos termos da impugnação de fls. 237, dizendo que a prática é ilegal.

No particular tem razão a autora, a norma nacional que rege o contrato da autora garante o direito desta de fruir todos os feriados nacionais, sendo ilegal a cláusula contratual com previsão diversa, razão pela qual são devidos os feriados nacionais laborados em dobro.

Por habituais, as horas extras deferidas incidem reflexos sobre repouso semanais remunerados, férias



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

acrescidas do terço constitucional e 13º salário. O FGTS será incidente sobre as horas extras e seus reflexos ora deferidos, exceto em férias indenizadas e o respectivo terço (OJ nº 195 da SBDI-1 do C. TST).

(...)

Incabível a soma do DSR ao principal para fins de cálculo dos reflexos sobre as demais parcelas, sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 394, da SDI-1, do C. TST.

(...)".

O Réu sustenta que havia a adoção de Banco de Horas válido, pelo qual havia a compensação mensal de eventuais horas extras realizadas. No que tange aos feriados, afirma que, conforme estipulado no Contrato de Trabalho, a Autora usufruía-os, segundo previstos no calendário da sede, sendo que "cabia à reclamante o direito de escolha em fruir os feriados brasileiros que não estiverem previstos no calendário da sede, mediante redução dos seus dias de férias". Salienta que, como a Autora tinha direito a 28 dias úteis de férias, ainda, que optasse usufruir feriados nacionais, tal redução não prejudicaria os 30 dias de férias asseguradas pela legislação brasileira. Ressalta, ainda, que "com relação aos feriados dos dias 8 de setembro e 19 de dezembro, por se tratarem de feriado municipal e estadual, respectivamente, não há previsão legal do seu pagamento em dobro, já que o art. 70 da CLT menciona expressamente que é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos" (fl. 365). Requer, assim, a exclusão da condenação ao pagamento de horas extras ou, sucessivamente, a aplicação da Súmula nº 85, III, do C. TST; o afastamento da determinação de pagamento em dobro dos feriados laborados ou, sucessivamente, apenas, dos feriados municipais de 8 de setembro e 19 de dezembro, e, ainda, a título sucessivo, o abatimento dos dias concedidos a mais nas férias.

A Autora insurge-se contra a falta de limitação diária da jornada de trabalho. Menciona que "ainda que não se distribua a jornada semanal (36 horas) de forma equânime pelos dias da semana para apurar as horas extras excedentes do limite diário, deve ser observada a jornada contratual estabelecida também para cada dia" (fl. 373). Defende que os reflexos das



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

horas extras em RSR devem repercutir nas demais verbas salariais. Requer, assim: seja determinado o "pagamento das horas extras excedentes da jornada contratual diária, ou seja, segunda e quartas-feiras excedentes da 9ª diária e terças, quintas e sextas-feiras excedentes da 6ª diária" (fl. 373) ou, sucessivamente, que sejam consideradas, como extras, as horas laboradas acima da 8ª diária; bem assim, o reconhecimento de que os reflexos das horas extras em RSR devem refletir em férias, 13º salários e FGTS.

Com, parcial, razão, apenas, a Autora.

Acordo de Compensação - Horas Extras - Limite diário - Súmula nº 85 do C. TST

Os Controles de Ponto (fls. 154/199) são considerados válidos, quanto aos horários e frequência de trabalho neles consignados. De tais Documentos, evidencia-se que a Autora laborava 36h semanais, assim, distribuídas: de segundas e quartas-feiras, das 8h às 18h, com uma hora de intervalo intrajornada; e de terças, quintas e sextas-feiras, das 8h às 14h.

O Réu invoca a adoção de Banco de Horas válido, pelo que a Autora tinha compensadas as horas excedentes prestadas.

Pois bem.

O mecanismo do Banco de Horas, encontrou guarida na ordem jurídica, a partir da vigência da Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998, que autorizou a compensação quadrimestral de jornada, período que passou a ser anual, por força da Medida Provisória nº 1.709, de 6 de agosto de 1998. A adoção válida desse sistema de compensação de jornada pressupõe o atendimento de dois requisitos: previsão em Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e observância do limite diário de 10 horas (art. 59, § 2º, da CLT). Além disso, esta E. Turma entende que, também, deve haver a comprovação, por parte do Empregador, da regular observância do sistema por meio de Controles mensais, de modo que o Empregado tenha ciência da compensação e dos saldos de horas a compensar, bem como, que não é possível o pagamento de horas extras no decorrer do Contrato de Trabalho.

***In casu*, não foi juntado qualquer Instrumento Coletivo com a previsão de adoção de Banco de Horas, de sorte que, não preenchido tal requisito formal, reputo inválido o Ajuste Compensatório.**



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

A invalidade do Banco de Horas gera, por si só, a existência de horas extras não pagas, sendo desnecessária a apresentação de Demonstrativo de diferenças. Contudo, verifico que a Autora apresentou-o, à fl. 236.

Assim, correta a r. Sentença ao determinar o pagamento de horas extras pela invalidade do Banco de Horas.

Não há, assim, que falar-se em aplicação da Súmula nº 85, IV, do C. TST, até porque, o item V, desta Súmula, determina que as disposições nela contidas não aplicam-se ao regime compensatório na modalidade "Banco de Horas", que, somente, pode ser instituído por negociação coletiva.

Quanto à insurgência da Autora, acerca do limite diário de jornada, assiste-lhe razão.

O artigo 7º, VIII, da Constituição Federal estabelece o limite diário de jornada de 8h. Invalidado o sistema compensatório adotado pelo Réu, mostra-se evidente que a Autora, em alguns dias da semana, extrapolava a jornada diária ordinária, visto que, incontroversamente, laborava, em tais dias, 9h diárias. Portanto, imperiosa a limitação da jornada diária, a fim de que sejam consideradas extras as excedentes do limite legal (8h).

Sendo assim, **REFORMO**, em parte, para determinar que sejam apuradas as horas extras a partir da 8ª diária e da 36ª semanal, de forma não cumulativa.” (fls. 454/459 – grifos apostos e no original)

Respondeu em embargos de declaração:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE CONSULADO GERAL DA ITÁLIA

SÚMULA Nº 85, III, DO C. TST

Aduz o Réu que há omissão e/ou contradição no v. Julgado, pois pugnou pela aplicação do item III e, não, do item IV da Súmula nº 85 do C. TST, "exatamente porque a compensação de jornada não foi fixada mediante expresse ajuste compensatório, o que atrairia a sua aplicação" (fl. 482). Requer que seja sanada a falha apontada, para que conste do v. Julgado a possibilidade de aplicação do item sumular em questão, bem como, que seja prequestionada a matéria.

Com razão parcial.

Assim constou, do v. Acórdão embargado (fls. 458/459):



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

"(...) Não há, assim, que falar-se em aplicação da Súmula nº 85, IV, do C. TST, até porque, o item V, desta Súmula, determina que as disposições nela contidas não aplicam-se ao regime compensatório na modalidade "Banco de Horas", que, somente, pode ser instituído por negociação coletiva".

De fato, faltou o exame do pedido recursal, de aplicação da Súmula nº 85, III, do C. TST, pelo princípio da eventualidade, omissão que passo a suprir, agora.

Incontroverso que entre as Partes havia regime compensatório, na modalidade de Banco de Horas, cuja validade o Réu sustenta em seu Recurso Ordinário, no tópico das horas extras, no item jornada de trabalho, fl. 363, como razão para afastar a condenação.

Ocorre que tal regime foi considerado inválido por esta E. Turma, reportando-me aos fundamentos já expendidos no v. Acórdão.

A disposição do inciso III da Súmula nº 85 do C. TST não é aplicável, uma vez que o inciso V do mesmo verbete afasta a sua incidência ao regime de Banco de Horas.

ACOLHO, em parte, para sanar omissão e acrescentar fundamentos, sem atribuir efeito modificativo ao v. Acórdão.” (fls. 498/500 – grifos no original)

Às fls. 518/523, o reclamado sustenta que o fato de não ter sido formalizado acordo de compensação de jornada entre as partes ou existir nos autos norma coletiva autorizando a compensação, mas apenas fixação desta possibilidade no contrato individual de trabalho, atrai a aplicação do contido no item III da Súmula nº 85 do TST, pois diante de compensação de jornada encetada tacitamente.

Aponta contrariedade à Súmula nº 85, III, do TST e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O Regional concluiu por manter a invalidade do regime de banco de horas sob o fundamento de que não houve a juntada de Acordo Coletivo de Trabalho instituindo tal regime de compensação.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Registrou aquela Corte que, *"In casu, não foi juntado qualquer Instrumento Coletivo com a previsão de adoção de Banco de Horas, de sorte que, não preenchido tal requisito formal, reputo inválido o Ajuste Compensatório"*.

Ressaltou, ainda, que *"A disposição do inciso III da Súmula nº 85 do C. TST não é aplicável, uma vez que o inciso V do mesmo verbete afasta a sua incidência ao regime de Banco de Horas"*.

Ademais, ao contrário do que afirma o reclamado, não há registro no acórdão regional de suposta existência de compensação individual da jornada de trabalho, sequer de forma tática.

Diante desse quadro, não há como divisar contrariedade à Súmula nº 85, III, do TST.

Por fim, registre-se que os arestos colacionados (fls. 520/522), embora formalmente válidos, são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, na medida em que apenas retratam hipóteses de invalidade formal de acordo de compensação de jornada sem, contudo, destacar a particularidade constatada na decisão recorrida de que se tratava de compensação na modalidade de banco de horas que levou à aplicação do item V da Súmula nº 85 do TST.

Nego provimento.

3. HORAS EXTRAS. LIMITE DIÁRIO.

Eis os termos do acórdão:

"Quanto à insurgência da Autora, acerca do limite diário de jornada, assiste-lhe razão.

O artigo 7º, VIII, da Constituição Federal estabelece o limite diário de jornada de 8h. Invalidado o sistema compensatório adotado pelo Réu, mostra-se evidente que a Autora, em alguns dias da semana, extrapolava a jornada diária ordinária, visto que, incontestavelmente, laborava, em tais dias, 9h diárias. Portanto, imperiosa a limitação da jornada diária, a fim de que sejam consideradas extras as excedentes do limite legal (8h).



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Sendo assim, **REFORMO**, em parte, para determinar que sejam apuradas as horas extras a partir da 8ª diária e da 36ª semanal, de forma não cumulativa.” (fl. 459)

Às fls. 523/525, o reclamado insiste na impossibilidade de condenação no pagamento de horas extras excedentes à 8ª diária, mas tão somente à 36ª semanal, ao fundamento de que tal determinação implica violação do artigo 7º, XIII, da CF, pois a jornada pactuada com a reclamante foi de 36 horas semanais, tendo que, duas vezes por semana, laborar por nove horas e, nos outros três dias, teria que laborar por seis horas.

Defende que, dessa forma, a reclamante não extrapolava o limite semanal de 44 horas previsto na Constituição Federal, razão pela qual não há que se falar no pagamento, como extra, das horas excedentes à 8ª diária, até porque esta jornada de trabalho não foi pactuada entre as partes.

Pugna, assim, para que o limite diário estabelecido seja de 9 horas, às segundas e quartas-feiras, de 6 horas, às terças, quintas e sextas-feiras e de 36 horas semanais, conforme pactuado na contratação.

Aponta violação do artigo 7º, XIII, da CF e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Não há falar em violação do artigo 7º, XIII, da CF, pois, como bem ressaltou o Regional, restou invalidado o sistema compensatório adotado pelo reclamado, e a reclamante demonstrou que, em alguns dias da semana, ultrapassou o limite diário de 8 horas de trabalho previsto no citado dispositivo constitucional.

A divergência jurisprudencial colacionada (fl. 524) é inespecífica porque relacionada à compensação de jornada na modalidade tradicional, hipótese diversa da registrada na decisão recorrida.

Nego provimento.

4. JORNADA CONTRATUAL DE SEIS HORAS. PRORROGAÇÃO HABITUAL. DIREITO AO INTERVALO INTRAJORNADA MÍNIMO DE UMA HORA.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Eis os termos do acórdão:

“INTERVALO INTRAJORNADA

No que toca à questão do intervalo intrajornada, consignou o MMº Juízo de Primeiro Grau (fl. 331):

"Defiro o pagamento do intervalo intrajornada suprimido parcialmente, pelo período faltante, para todas as ocasiões em que foi infringido pela Reclamada, observando a divisão de horas de trabalho nos dias da semana, ou seja, nas segundas e quartas o intervalo deveria ser de 1hora e nos demais dias de 15minutos.

Com relação ao tempo não usufruído do intervalo intrajornada, em que pese o entendimento esposado na Súmula 437 do TST, esclareço que o entendimento deste Juízo é no sentido de que deve ser remunerado como hora extra apenas o período suprimido, ante o princípio da razoabilidade e por critério de Justiça, para não dar tratamento igual ao empregador que nada concede de intervalo e aquele que o concede parcialmente."

A Autora pontua que, embora, em alguns dias da semana a jornada contratada fosse de 6h diárias, ocorria de laborar acima de tal limite, o que atrairia a necessidade de fruição de intervalo intrajornada de 1h, nem, sempre, concedido. Invoca, ainda, a necessidade de aplicação do entendimento fixado na Súmula nº 437 do C. TST, quanto ao período a ser quitado do intervalo em comento.

Com razão.

Nos termos da Súmula nº 437, IV, do C. TST, ultrapassada, habitualmente, a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, de modo que, conforme determina o artigo 71, § 4º, da CLT, o labor superior a 6h diárias enseja a concessão, mínima, de 1h de intervalo intrajornada. Portanto, mesmo nos dias em que a jornada contratada era de 6h, deve ser aferida a correta fruição daquela pausa, a partir da jornada, efetivamente, prestada. Assim, nos dias



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

em que houve labor excedente de 6h diárias, e, em contrapartida, fruição do intervalo intrajornada inferior a 1h, consideram-se não observados os preceitos do referido artigo.

Ainda, esta E. Turma entende ser devido o período total como extra, acrescido dos reflexos correspondentes, ante a natureza salarial da parcela, conforme estabelece a Súmula nº 437 do C. TST, segundo a qual:

"I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão total ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração (...)"

No mesmo sentido, a nova redação da OJ nº 79 desta E. Turma, *in verbis*:

"I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração (Súmula 437/TST)."

Ante o exposto, **REFORMO** para determinar o pagamento de uma hora extra diária, nos dias em que a Autora trabalhou mais de 6h e não usufruiu 1h hora integral a título de intervalo intrajornada, mantidos os demais parâmetros fixados na r. Sentença." (fls. 464/466 – grifos no original)



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Respondeu em embargos de declaração:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE STEFANIA PETRUZZIELLO

REFLEXOS DO INTERVALO INTRAJORNADA

Argumenta a Autora que o seu pedido foi acolhido, condenando-se o Réu pagamento do intervalo intrajornada, entretanto, não houve a determinação do pagamento de reflexos. Requer "a complementação da tutela jurisdicional a fim de que sejam assegurados à reclamante os mesmos reflexos já deferidos em sentença em relação à verba" (fl. 484).

Com, parcial, razão.

A r. Sentença deferiu horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, nos seguintes termos (fl. 331):

Defiro o pagamento do intervalo intrajornada suprimido parcialmente, pelo período faltante, para todas as ocasiões em que foi infringido pela Reclamada, observando a divisão de horas de trabalho nos dias da semana, ou seja, nas segundas e quartas o intervalo deveria ser de 1 hora e nos demais dias de 15 minutos.

Com relação ao tempo não usufruído do intervalo intrajornada, em que pese o entendimento esposado na Súmula 437 do TST, esclareço que o entendimento deste Juízo é no sentido de que deve ser remunerado como hora extra apenas o período suprimido, ante o princípio da razoabilidade e por critério de Justiça, para não dar tratamento igual ao empregador que nada concede de intervalo e aquele que o concede parcialmente.

Ao final, o MMº Juízo de Origem fixou o seguinte (fl. 332):

Por habituais, as horas extras deferidas incidem reflexos sobre repousos semanais remunerados, férias acrescidas do terço constitucional e 13º salário. O FGTS será incidente sobre as horas extras e seus reflexos ora deferidos,



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

exceto em férias indenizadas e o respectivo terço (OJ nº 195 da SBDI-1 do C. TST).

Na liquidação de sentença, observar-se-ão os seguintes critérios de cálculo:

jornada de trabalho consignada nos controles;

divisor mensal de 180h;

adicionais legais;

dias efetivamente trabalhados;

base de cálculo: valor da hora normal, acrescida de outras parcelas de natureza salarial, observando as diferenças salariais deferidas na presente, consoante Súmula nº 264 do C. TST.

Determino que, na apuração das horas extras, observe-se o artigo 58, §1º, da CLT e Súmula nº 366 do C. TST, quando possível.

Incabível a soma do DSR ao principal para fins de cálculo dos reflexos sobre as demais parcelas, sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 394, da SDI-1, do C. TST.

O v. Acórdão embargado ampliou a condenação, fixando o seguinte (fls. 460/466):

"RECURSO ORDINÁRIO DE STEFANIA PETRUZZIELLO

INTERVALO INTRAJORNADA

(...)

Nos termos da Súmula nº 437, IV, do C. TST, ultrapassada, habitualmente, a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, de modo que, conforme determina o artigo 71, § 4º, da CLT, o labor superior a 6h diárias enseja a concessão, mínima, de 1h de intervalo intrajornada. Portanto, mesmo nos dias em que a jornada contratada era de 6h, deve ser aferida a correta fruição daquela pausa, a



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

partir da jornada, efetivamente, prestada. Assim, nos dias em que houve labor excedente de 6h diárias, e, em contrapartida, fruição do intervalo intrajornada inferior a 1h, consideram-se não observados os preceitos do referido artigo.

Ainda, esta E. Turma entende ser devido o período total como extra, acrescido dos reflexos correspondentes, ante a natureza salarial da parcela, conforme estabelece a Súmula nº 437 do C. TST, segundo a qual:

"I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão total ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração (...)"

No mesmo sentido, a nova redação da OJ nº 79 desta E. Turma, *in verbis*:

"I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração (Súmula 437/TST)."

Ante o exposto, REFORMO para determinar o pagamento de uma hora extra diária, nos dias em que a Autora trabalhou mais de 6h e não usufruiu 1h hora integral a título de intervalo intrajornada, mantidos os demais parâmetros fixados na r. Sentença".



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Como visto, quando o v. Acórdão menciona que foram "mantidos os demais parâmetros da r. Sentença", fê-lo no intuito de deferir, também, os reflexos e a observância dos critérios de cálculo lá fixados, o que parece não ter sido suficientemente claro.

Desse modo, para que não parem dúvidas, na fase de execução, e, ante, o expressamente requerido, em Recurso Ordinário (fl. 385), esclareço que os reflexos das horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada, acrescidas à condenação, deverão ser idênticos àqueles já deferidos na r. Sentença, para a mesma parcela, ou seja: *"reflexos sobre repousos semanais remunerados, férias acrescidas do terço constitucional e 13º salário. O FGTS será incidente sobre as horas extras e seus reflexos ora deferidos, exceto em férias indenizadas e o respectivo terço (OJ nº 195 da SBDI-1 do C. TST)"*.

ACOLHO, em parte, para acrescentar fundamentos, sem imprimir efeito modificativo ao v. Acórdão embargado." (fls. 500/503 – grifos no original)

O reclamado, às fls. 525/528, insurge-se contra o pagamento do intervalo intrajornada. Alega que, nos termos da Súmula 437, IV, do TST, somente será observado o intervalo de 1 hora para repouso e alimentação quando houver a extrapolação habitual da jornada de 6 horas diárias, não verificada no caso, uma vez que, nos dias em que a jornada da reclamante era de 6 horas (às terças, quintas e sextas-feiras), ela não laborava em sobrejornada habitualmente.

Afirma, ainda, que observou corretamente o intervalo intrajornada pactuado entre as partes, qual seja o de 15 minutos quando a jornada era de 6 horas e de 1 hora quando a jornada era superior a 6 horas.

Fundamenta o recurso em violação dos artigos 71, § 1º, da CLT, contrariedade à Súmula nº 437, IV, do TST e em divergência jurisprudencial.

Ao exame.

O Tribunal de origem entendeu que, *"mesmo nos dias em que a jornada contratada era de 6h, deve ser aferida a correta fruição daquela pausa, a partir da jornada, efetivamente, prestada. Assim, nos*



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

dias em que houve labor excedente de 6h diárias, e, em contrapartida, fruição do intervalo intrajornada inferior a 1h, consideram-se não observados os preceitos do referido artigo".

Com efeito, ante as premissas fixadas no acórdão, conclui-se que o Regional decidiu em plena conformidade com a Súmula nº 437, IV, do TST, ao declarar o direito da reclamante ao intervalo intrajornada mínimo de 1 hora, porquanto, *"ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora"*.

Incólume, assim, o art. 71, § 1º, da CLT, uma vez que, à luz do entendimento consagrado por esta Corte Superior, a duração do intervalo intrajornada é definida com base na duração efetiva da jornada, e não com base na carga horária contratual.

Estando a decisão recorrida de acordo com a Súmula nº 437, IV, desta Corte Superior, incabível o trânsito do recurso de revista denegado, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 deste Tribunal.

Nego provimento.

5. HORAS DE SOBREAVISO.

Eis os termos do acórdão:

“SOBREAVISO (ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS)

A respeito da matéria, extrai-se da r. Sentença (fl. 333):

"Por derradeiro, no que diz respeito ao sobreaviso, ressalto, de ingresso, que o simples fato de o empregado usar celular não leva à conclusão de que esteja ele em sobreaviso, conforme OJ n.º 49 da SDI - I do C. TST.

Contudo, no caso dos autos, o preposto da ré confessa que a autora somente poderia se locomover para locais onde houve sinal de celular (item 5 do depoimento pessoal), o que permite a conclusão de que a mesma efetivamente permaneceu em situação de sobreaviso para atender



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

eventuais chamados para o trabalho, já que evidente a restrição de sua locomoção.

Fixo que o sobreaviso ocorria por uma semana a cada três meses, até julho/2012 (limite da inicial) do horário que deixava o trabalho até as 21 horas. Nos finais de semana e feriados o sobreaviso era das 9h às 21 horas.

Não houve prova de que a reclamante teve que se dirigir à sede da ré em uma ocasião, como dito em depoimento, até porque inova a inicial.

Defiro as horas de sobreaviso que correspondem a 1/3 do valor da hora do salário normal, com os mesmos reflexos e parâmetros das horas extras."

O Réu entende que a assertiva do Preposto, em depoimento, não caracteriza regime de trabalho em sobreaviso, já que não evidenciado que a Autora não pudesse dispor, livremente, do seu tempo, enquanto de Plantão.

A Autora, por seu turno, demonstra contrariedade em relação à escala de sobreaviso, definida na r. Sentença. Sustenta que não houve prova de que não fosse aquela descrita na Inicial, qual seja, das 8h às 22h, em uma semana, a cada três meses, incluindo "os finais de semana e feriados" (fl. 383).

Com, parcial, razão, apenas, a Autora.

Esta E. Turma, em sua atual composição, entende que a caracterização do sobreaviso não exige, por si só, a impossibilidade de locomoção, mas a obrigação de permanecer à disposição do Empregador, a fim de atender-lhe, o que, evidentemente, restringe sua liberdade, fora do horário normal de trabalho.

Nesse sentido, a Decisão proferida nos Autos nº 00193-2014-091-09-00-5, publicada em 10-02-2015, de Relatoria da Exma. Desembargadora Thereza Cristina Gosdal:

Entende esta Turma que o elemento definidor do sobreaviso não é a simples impossibilidade de locomoção e sim a obrigação de atender o chamado do empregador a qualquer momento, pois nesse caso terá que interromper o que estiver fazendo, esteja onde e com quem estiver.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Enquanto o empregado está sujeito a ser chamado para trabalhar, ele não pode dispor livremente do seu tempo e, ainda que possa se locomover, fica impedido de realizar várias atividades durante o período que deveria ser "livre" para ele. A impossibilidade de locomoção em si tinha importância quando os aparelhos telefônicos não podiam ser transportados e o empregado ficava impossibilitado de se locomover porque precisava estar próximo daqueles aparelhos.

Assim, o período em que o trabalhador permanece no aguardo de chamados efetivamente caracteriza-se como sobreaviso, independentemente do fato do acionamento se dar por celular, conforme cristalizado na Súmula 428 do TST:

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.

No caso, não houve produção de prova testemunhal.

Contudo, em depoimento, o Preposto esclareceu que (fl. 322):

"1. que havia um turno em que alguns empregados deveriam ficar para emergências; 2. que nessas oportunidades os empregados deveriam ligar para o depoente ou para o Cônsul Geral; 3. que havia compensação de horários; 4. que a autora ficava com o celular uma semana a cada três meses; 5. que não havia restrição de locomoção, podendo sair de Curitiba, desde que estivesse em local que tivesse sinal de celular; 6. que os os dispendidos no sobreaviso eram compensados; 7. que o trabalho da autora em sobreaviso limitava-se a ligar para o depoente ou Cônsul, para resolver alguma coisa urgente; 8. que o sobreaviso durava do horário em que a autora saía do trabalho até as 9h



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

da noite, inclusive finais de semana, das 9h às 21h; 9. que se o sobreaviso coincidissem com feriado o telefone deveria ficar ligado também das 9h às 21h; 10. que não havia necessidade de ir até o Consulado."

O próprio Preposto, assim, admitiu que a Autora, em uma semana, a cada três meses, após o horário de trabalho, era submetida a regime de Plantões, ocasiões em que não poderia locomover-se para região não abrangida por sinal de Celular, a demonstrar evidente restrição na liberdade de locomoção dela. Não trata-se, portanto, de mero fornecimento de Telefone Celular, mas de efetivo sobreaviso. Há enquadramento, portanto, no disposto no artigo 244, § 2º, da CLT.

Em relação ao tempo de permanência em regime de sobreaviso, a Autora descreveu, na Exordial, que "até julho de 2012, uma semana a cada três meses permaneceu de sobreaviso, à disposição das reclamadas no período compreendido das 08h00min e 22h00min" (fl. 05), não tendo o Réu infirmado tal tese, ônus que competia-lhe, a teor do artigo 818 da CLT e artigo 333, II, do CPC.

Portanto, reconheço que o regime de sobreaviso ocorria, em uma semana, a cada três meses, até julho de 2012, do encerramento da jornada de trabalho (já que, evidentemente, enquanto laborava, a Autora não estava em sobreaviso) às 22h do mesmo dia; e das 8h às 22h, em finais de semana e feriados.

REFORMO, em parte, nesses termos." (fls. 461/464 – grifos no original)

Respondeu em embargos de declaração:

“REFLEXOS DO SOBREAVISO

A Autora alega que o pedido de pagamento de horas de sobreaviso foi deferido por esta E. Turma, mas o v. Acórdão tem pequena omissão, pois deixou de estabelecer os reflexos da parcela. Requer a supressão da omissão "a fim que sejam deferidos em favor da reclamante reflexos da verba deferida em repouso semanais remunerados (domingos e feriados) e com



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

estes em 13º salários, de férias (de 32 dias) e do terço de férias e ainda, de todas as anteriores, em FGTS" (fl. 485).

Com razão.

Constou, do v. Acórdão embargado (fls. 461/464):

SOBREAVISO (ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS)

A respeito da matéria, extrai-se da r. Sentença (fl. 333):

"Por derradeiro, no que diz respeito ao sobreaviso, ressalto, de ingresso, que o simples fato de o empregado usar celular não leva à conclusão de que esteja ele em sobreaviso, conforme OJ n.º 49 da SDI - I do C. TST.

Contudo, no caso dos autos, o preposto da ré confessa que a autora somente poderia se locomover para locais onde houve sinal de celular (item 5 do depoimento pessoal), o que permite a conclusão de que a mesma efetivamente permaneceu em situação de sobreaviso para atender eventuais chamados para o trabalho, já que evidente a restrição de sua locomoção.

Fixo que o sobreaviso ocorria por uma semana a cada três meses, até julho/2012 (limite da inicial) do horário que deixava o trabalho até as 21 horas. Nos finais de semana e feriados o sobreaviso era das 9h às 21 horas.

Não houve prova de que a reclamante teve que se dirigir à sede da ré em uma ocasião, como dito em depoimento, até porque inova a inicial.

Defiro as horas de sobreaviso que correspondem a 1/3 do valor da hora do salário normal, com os mesmos reflexos e parâmetros das horas extras."

O Réu entende que a assertiva do Preposto, em depoimento, não caracteriza regime de trabalho em sobreaviso, já que não evidenciado que a Autora não pudesse dispor, livremente, do seu tempo, enquanto de Plantão.

A Autora, por seu turno, demonstra contrariedade em relação à escala de sobreaviso, definida na r. Sentença.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

Sustenta que não houve prova de que não fosse aquela descrita na Inicial, qual seja, das 8h às 22h, em uma semana, a cada três meses, incluindo "os finais de semana e feriados" (fl. 383).

Com, parcial, razão, apenas, a Autora.

Esta E. Turma, em sua atual composição, entende que a caracterização do sobreaviso não exige, por si só, a impossibilidade de locomoção, mas a obrigação de permanecer à disposição do Empregador, a fim de atender-lhe, o que, evidentemente, restringe sua liberdade, fora do horário normal de trabalho.

Nesse sentido, a Decisão proferida nos Autos nº 00193-2014-091-09-00-5, publicada em 10-02-2015, de Relatoria da Exma. Desembargadora Thereza Cristina Gosdal:

Entende esta Turma que o elemento definidor do sobreaviso não é a simples impossibilidade de locomoção e sim a obrigação de atender o chamado do empregador a qualquer momento, pois nesse caso terá que interromper o que estiver fazendo, esteja onde e com quem estiver. Enquanto o empregado está sujeito a ser chamado para trabalhar, ele não pode dispor livremente do seu tempo e, ainda que possa se locomover, fica impedido de realizar várias atividades durante o período que deveria ser "livre" para ele. A impossibilidade de locomoção em si tinha importância quando os aparelhos telefônicos não podiam ser transportados e o empregado ficava impossibilitado de se locomover porque precisava estar próximo daqueles aparelhos.

Assim, o período em que o trabalhador permanece no aguardo de chamados efetivamente caracteriza-se como sobreaviso, independentemente do fato do acionamento se dar por celular, conforme cristalizado na Súmula 428 do TST:



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

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.

No caso, não houve produção de prova testemunhal.

Contudo, em depoimento, o Preposto esclareceu que (fl. 322):

"1. que havia um turno em que alguns empregados deveriam ficar para emergências; 2. que nessas oportunidades os empregados deveriam ligar para o depoente ou para o Cônsul Geral; 3. que havia compensação de horários; 4. que a autora ficava com o celular uma semana a cada três meses; 5. que não havia restrição de locomoção, podendo sair de Curitiba, desde que estivesse em local que tivesse sinal de celular; 6. que os os dispendidos no sobreaviso eram compensados; 7. que o trabalho da autora em sobreaviso limitava-se a ligar para o depoente ou Cônsul, para resolver alguma coisa urgente; 8. que o sobreaviso durava do horário em que a autora saía do trabalho até as 9h da noite, inclusive finais de semana, das 9h às 21h; 9. que se o sobreaviso coincidissem com feriado o telefone deveria ficar ligado também das 9h às 21h; 10. que não havia necessidade de ir até o Consulado."

O próprio Preposto, assim, admitiu que a Autora, em uma semana, a cada três meses, após o horário de trabalho, era submetida a regime de Plantões, ocasiões em que não poderia locomover-se para região não abrangida por sinal de Celular, a demonstrar evidente restrição na liberdade de locomoção dela. Não trata-se, portanto, de mero fornecimento de Telefone Celular, mas de efetivo sobreaviso. Há enquadramento, portanto, no disposto no artigo 244, § 2º, da CLT.

Em relação ao tempo de permanência em regime de sobreaviso, a Autora descreveu, na Exordial, que "até julho



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

de 2012, uma semana a cada três meses permaneceu de sobreaviso, à disposição das reclamadas no período compreendido das 08h00min e 22h00min" (fl. 05), não tendo o Réu infirmado tal tese, ônus que competia-lhe, a teor do artigo 818 da CLT e artigo 333, II, do CPC.

Portanto, reconheço que o regime de sobreaviso ocorria, em uma semana, a cada três meses, até julho de 2012, do encerramento da jornada de trabalho (já que, evidentemente, enquanto laborava, a Autora não estava em sobreaviso) às 22h do mesmo dia; e das 8h às 22h, em finais de semana e feriados.

REFORMO, em parte, nesses termos."

Verifica-se que esta E. Turma, ampliando a condenação, deu provimento parcial ao Recurso da Autora para reconhecer que o regime de sobreaviso ocorria em período mais abrangente que aquele fixado na r. Sentença. Ao fazê-lo, entretanto, incorreu em omissão, pois deixou de fixar quais seriam os reflexos, o que havia sido requerido, expressamente, em Recurso Ordinário (fl. 385).

Desse modo, a fim de sanar a omissão, fixo que as horas decorrentes do labor em regime de sobreaviso, acrescidas à condenação, deverão ser calculadas com a observância dos mesmos reflexos deferidos na r. Sentença.

ACOLHO para, atribuindo efeito modificativo ao v. Acórdão embargado, sanar omissão e deferir para as horas de sobreaviso acrescidas à condenação, os mesmos reflexos das demais já deferidas em Primeiro Grau de Jurisdição." (fls. 503/507 – grifos no original)

O reclamado, às fls. 528/534, insurge-se contra o pagamento das horas de sobreaviso. Alega que, nos termos da Súmula 428 do TST, o sobreaviso se caracteriza se o empregado ficar na expectativa de, a qualquer momento, ser chamado pelo empregador para prestar serviços, e não, tão somente, pelo fato de estar submetido à escala de atendimento.

Defende não ser coerente se falar em "restrição de locomoção", com o consequente pagamento de horas de sobreaviso se a



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

reclamante poderia sair, viajar e dispor de seu tempo da maneira que bem entender.

Afirma que a reclamante limitava-se a passar informações pelo telefone, o que poderia ser realizado de qualquer local e que não restou comprovado nos autos que a empregada precisou ir até o Consulado durante o período do suposto sobreaviso.

Aponta contrariedade à Súmula nº 428 do TST e divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Conforme se verifica da decisão recorrida, o Regional, ao reconhecer que o regime de sobreaviso ocorria, em uma semana, a cada três meses, até julho de 2012, do encerramento da jornada de trabalho até às 22h do mesmo dia e das 8h às 22h, em finais de semana e feriados, levou em consideração as alegações da reclamante em sua inicial, em relação ao tempo de permanência em regime de sobreaviso e, sobretudo, o fato de que o próprio preposto do reclamado admitiu que referido regime ocorria naqueles moldes, ou seja, que, em uma semana, a cada três meses, após o horário de trabalho, a reclamante era submetida a regime de plantões, destacando expressamente que, naquelas ocasiões, não poderia locomover-se para região não abrangida por sinal de celular, o que, de fato, demonstrou a evidente restrição na liberdade de locomoção da empregada nos moldes delineados na Súmula nº 428 do TST.

Ressaltou, ainda, que *"Não trata-se, portanto, de mero fornecimento de Telefone Celular, mas de efetivo sobreaviso"*.

Com efeito, o pressuposto fático a ensejar o direito às horas de sobreaviso é a efetiva comprovação da restrição à liberdade do empregado que permanece em estado de prontidão, ou seja, à disposição do empregador aguardando seu chamado.

E, no caso, o quadro fático descrito no acórdão recorrido evidencia que, de certa forma, havia restrição da liberdade de locomoção da reclamante, tendo em vista que não poderia locomover-se para região não abrangida por sinal de celular.

Diante desse quadro, não há como reconhecer contrariedade a Súmula nº 428 do TST.



PROCESSO Nº TST-AIRR-1813-84.2012.5.09.0028

A divergência jurisprudencial colacionada (fls. 531/534), além de inespecífica nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, já que não retratam as mesmas premissas fáticas descritas na decisão recorrida que levaram ao reconhecimento do regime de sobreaviso, encontra-se superada tendo em vista a nova redação da Súmula nº 428, I e II, do TST que passou a considerar a restrição da liberdade do empregado quando submetido à restrição de liberdade pelo controle patronal por meio de instrumentos telemáticos, como no caso.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** do agravo de instrumento e, no mérito, **negar-lhe provimento**. Retifique-se a autuação para constar a devida acentuação no nome da parte agravante, conforme relatório.

Brasília, 11 de Maio de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

DORA MARIA DA COSTA
Ministra Relatora