PROCESSO: 0002607-84.2012.5.01.0301 - RTOrd

ACÓRDÃO
9ª Turma

SOBREAVISO. USO DE APARELHO CELULAR. RESTRIÇÃO À LOCOMOÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. O simples uso de aparelho de telefonia celular fornecido pelo empregador não caracteriza o regime de sobreaviso, desde que não ocorra qualquer restrição considerável à locomoção, ao lazer e à prática de outras atividades pelo empregado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes: **CATIANA FERREIRA DE ALMEIDA** (Dr. Diogo Rabello Neves, OAB/RJ 165.249-D), como recorrente e **EXCELLION SERVIÇOS BIOMÉDICOS S.A.** (Dr. Herbert Gomes, OAB/RJ 3388-D), como recorrida.

Insurge-se a reclamante em face da r. sentença de fls. 112/115, proferida pelo MM. Juízo da **1ª Vara do Trabalho de Petrópolis**, da lavra da Exma. Juíza **Elisangela Figueiredo da Silva**, que julgou procedentes em parte os pedidos contidos na petição inicial.

Pretende a recorrente, nas razões recursais de fls.116/126 a reforma da decisão quanto aos seguintes pedidos: gratificação referente à função de gerência, adicional de sobreaviso e multas dos artigos 467 e 477 da CLT.

Depósito recursal e custas processuais inexigíveis, no particular.

Contrarrazões às fls.129/131.

Deixo de encaminhar os autos ao douto Ministério Público do Trabalho,

uma vez que não configuradas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 85, I, do Regimento Interno do E. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

É o relatório.

DO CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário por preenchidos os pressupostos de admissibilidade

MÉRITO

DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

A reclamante informou na inicial que foi admitida na ré em 13.10.2011 para exercer a função de Analista Administrativo, sendo que já na primeira semana de trabalho passou a executar as tarefas de Gerente de Logística, razão pela qual vindicou o acréscimo de 40% sobre a remuneração do período em que vigente seu contrato de trabalho, nos termos do § único do art. 62 da CLT.

A reclamada, em sua defesa, negou a existência deste cargo na empresa, acrescentando que a autora sempre exerceu as tarefas inerentes à função de Analista Administrativo.

O Juízo de origem indeferiu o pedido sob dois argumentos: ante a ausência prova da existência do cargo de Gerente de Logística na empresa e por falta de amparo legal para o pedido de adicional de gratificação para aqueles que ocupam cargo com nomenclatura de gerência, acrescentando que o art.62 da CLT apenas estipula este pagamento como requisito objetivo para não incidência das regras pertinentes à duração do trabalho.

Não merece qualquer reparo a r. sentença.

De acordo com as regras de distribuição do ônus da prova, cabia à reclamante provar o fato constitutivo do seu direito, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, I do TST, encargo do qual não se desincumbiu.

Não foi produzida qualquer prova acerca da existência do cargo de Gerência de Logística, tampouco a autora comprovou que desempenhava efetivamente funções próprias de um Gerente, independente da nomenclatura atribuída ao cargo. Os documentos de fls.34/47 nada comprovam nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, que, conforme fundamentado na r. Sentença, não existe direito subjetivo ao pagamento da gratificação de 40% postulada tão somente em razão do exercício de um cargo com designação de gerência. O § único do art.62 da CLT apenas estabelece o pagamento deste adicional como requisito objetivo para a não incidência das regras pertinentes à duração do trabalho.

Dessa forma, não comprovado o fato constitutivo do seu direito, tampouco qualquer prejuízo sofrido pela autora ou violação às condições ajustadas no contrato de trabalho (fls.92/93), nada a deferir.

Nego provimento.

DO ADICIONAL DE SOBREAVISO

A autora ingressou com a presente reclamação trabalhista alegando que era obrigada a manter ligado o telefone celular fornecido pela ré durante o tempo em que não estava nas dependências da empresa.

A ré se defendeu aduzindo que as atividades desempenhadas pela autora são incompatíveis com a necessidade de trabalho a qualquer hora de dia ou da noite. Sustentou que o celular era fornecido como um benefício e um auxílio ao

trabalho, não havendo qualquer custo para o empregado. Informou ainda que o procedimento de coleta de material era realizado integralmente pela equipe técnica, não envolvendo em hipótese alguma o trabalho da demandante.

A reclamante não produziu qualquer prova no sentido de que estava obrigada a permanecer em sua residência para atender comunicações relativas ao seu trabalho via telefone celular, tampouco que era submetida a controle por parte da empresa nos momentos de folga.

O fato de o empregado utilizar aparelho de telefonia celular fornecido ou não pelo empregador a fim de possibilitar o contato em caso de eventual necessidade ou emergência não caracteriza o regime de sobreaviso, desde que não ocorra qualquer restrição considerável à locomoção, ao lazer e à prática de outras atividades pelo empregado. O direito ao recebimento de horas de sobreaviso somente se materializa quando o empregado tem cerceada a sua liberdade de locomoção, já que pode ser convocado a qualquer instante, comprometendo seus afazeres pessoais e familiares.

Não há pois como se aplicar, por analogia, o disposto no artigo 244, parágrafo 2º, da CLT, que se refere a efetiva limitação à locomoção dos empregados, quando o trabalhador deve permanecer em sua residência, sob controle patronal por qualquer meio, aguardando ordens a qualquer momento. É no mesmo sentido o entendimento consubstanciado na Súmula 428 do C.TST, vazada nos seguintes termos:

> **SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT -** I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso; II - Considera-se 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.

Assim sendo, não merece reforma o r. julgado ***a quo*** que indeferiu a pretensão ao recebimento de parcela a título de sobreaviso.

Em razão da improcedência dos pedidos de pagamento de gratificação e adicional de sobreaviso, resta prejudicada a análise das demais matérias trazidas no apelo.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, **CONHEÇO** do recurso ordinário e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação supra.

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, nos termos da fundamentação do voto da Exma. Sra. Relatora, CONHECER do recurso ordinário e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Rio de Janeiro, 21 de Janeiro de 2014.

Desembargadora do Trabalho Claudia de Souza Gomes Freire
Relatora

fgv