

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**LUÍZA MELLILO ZANIBONI**

**A CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE SOBREVISO DEVIDO AO USO DO  
CELULAR E DE OUTRAS TECNOLOGIAS MÓVEIS: UM OLHAR SOBRE A  
JURISPRUDÊNCIA DO TRT-12ª REGIÃO, A PARTIR DA SÚMULA 428 DO TST.**

**CRICIÚMA**

**2014**

**LUÍZA MELLILO ZANIBONI**

**A CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE SOBREVISO DEVIDO AO USO DO  
CELULAR E DE OUTRAS TECNOLOGIAS MÓVEIS: UM OLHAR SOBRE A  
JURISPRUDÊNCIA DO TRT-12ª REGIÃO, A PARTIR DA SÚMULA 428 DO TST.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Esp. Márcia Andréia Schutz Lírío Piazza

**CRICIÚMA**

**2014**

**LUÍZA MELLILO ZANIBONI**

**A CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE SOBREVISO ATRAVÉS DO USO DO  
CELULAR E DE OUTRAS TECNOLOGIAS MÓVEIS: UM OLHAR SOBRE A  
JURISPRUDÊNCIA DO TRT-12ª REGIÃO, A PARTIR DA SÚMULA 428 DO TST.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa Jurisprudencial.

Criciúma, 07 de julho de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Márcia Andréia Schutz Lírio Piazza - Especialista - UNESC - Orientadora

Prof. Gabriele Dutra Bernardes Ongaratto - Especialista - UNESC

Prof. Raquel de Souza Felício - Especialista - UNESC

**Dedico este trabalho ao meu esposo, que de uma forma especial e carinhosa me deu força e coragem para mudar os rumos do meu futuro. Obrigada, André, pela paciência, incentivo e por compreender as minhas escolhas. Este trabalho representa mais uma etapa concluída e esta vitória é mais tua do que minha!**

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de deixar registrada a minha gratidão a todos os colegas de curso, por fazerem as minhas manhãs mais alegres e os anos passarem mais leves. Agradeço também a todos os professores, que me ensinaram com muito carinho e dedicação, servindo de exemplo. Em especial às minhas professoras orientadoras Morgana Farias e Márcia Andréia Schutz Lirio Piazza, que dedicaram seu tempo para me auxiliarem. À minha família, especialmente meus pais Norberto Zaniboni e Renise Terezinha Mellilo Zaniboni, que acompanharam de perto minhas escolhas, ensinando-me a tomá-las de forma mais responsável, mas sempre apoiando e dando força. Ao André Cadorin Locks, meu esposo, por tornar viável meu sonho de cursar Direito, por apoiar minhas decisões quando pareciam inconcebíveis. Por me fazer acreditar que vale a pena começar tudo de novo. Por estar ao meu lado, sempre.

**“Sejam as leis claras, uniformes e precisas, porque interpretá-las, quase sempre, é o mesmo que corrompê-las”.**

**Voltaire**

## RESUMO

A evolução nas formas de prestação de trabalho traz a necessidade constante de repensar a aplicação das normas trabalhistas, que não acompanham com a mesma velocidade as transformações. O presente trabalho se propõe a analisar o atual debate a respeito do regime de sobreaviso devido ao uso do celular e outras tecnologias móveis. A ideia é entender o tratamento jurídico dado ao tempo em que o empregado, fora do local de trabalho, permanece com o celular ou outros meios telemáticos de comunicação ligados à espera de um possível chamado do empregador. De um lado, uma parte minoritária da doutrina defende que o uso de tais aparelhos não é suficiente para caracterizar a disponibilidade do empregado ao empregador, e por isso, não configura o regime de sobreaviso. De outro lado, ganha força a parte da doutrina que afirma que, devido às evoluções tecnológicas, necessário se faz a ampliação dos institutos trabalhistas, a fim de atender ao que se propõe o Direito do Trabalho. A maior parte dos estudiosos defende que o sobreaviso abrange também aos trabalhadores ligados ao empregador por meio das tecnologias atuais. Foi analisada a jurisprudência do TRT da 12ª Região, antes e depois da reedição da Súmula 428 do TST, que se propunha a colocar um ponto final na polêmica instaurada. Apesar da nova redação dada, o que se percebeu é que a literalidade do dispositivo sumular gerou ainda mais dúvidas quanto à sua aplicação, o que reflete em uma grande divergência jurisprudencial, sendo que em casos muito semelhantes, ora é considerado caracterizado o sobreaviso, ora ele é descaracterizado pela jurisprudência. O que se conclui é que tal dispositivo sumular precisa ser repensado para que atenda ao que se propõe: promover uniformidade entre as decisões.

**Palavras-chave:** Jornada de Trabalho. Sobreaviso. Liberdade de locomoção. Caracterização. Súmula 428

## **ABREVIações:**

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

RO – Recurso Ordinário

RT – Reclamação Trabalhista

SDI – Seção de Dissídios Individuais

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL</b> .....	<b>12</b>
2.1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS.....	12
2.2 DO SISTEMA LIBERAL AO INTERVENCIONISMO ESTATAL .....	17
2.3 O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: O DEVER DE PRESTAÇÃO DO ESTADO .....	27
<b>2.3.1 As normas trabalhistas e o Princípio da Proteção como instrumento de efetivação da Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	<b>30</b>
<b>3 A DURAÇÃO DO TRABALHO E O REGIME DE SOBREAVISO</b> .....	<b>34</b>
3.1 JORNADA DE TRABALHO: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS .....	34
3.2 A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO .....	39
3.3 JORNADA DE TRABALHO E LEGISLAÇÃO .....	42
<b>3.3.1 O regime de sobreaviso</b> .....	<b>44</b>
<b>4 FORMAS DE CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE SOBREAVISO: UMA ANÁLISE FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA APÓS A REEDIÇÃO DA SÚMULA 428 DO TST</b> .....	<b>48</b>
4.1 O AVANÇO DA TECNOLOGIA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO .....	48
4.2 A APLICAÇÃO DA SÚMULA 428 DO TST PELO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO PARA A CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DO REGIME DE SOBREAVISO ATRAVÉS DO USO DE APARELHOS TELEMÁTICOS .....	54
<b>4.2.1 A jurisprudência do TRT da 12ª Região anterior à reedição da Súmula 428 do TST</b> .....	<b>56</b>
<b>4.2.2 A mudança jurisprudencial a partir de setembro de 2012, após a reedição da Súmula 428 do TST</b> .....	<b>64</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da legislação trabalhista um assunto que sempre ganha espaço na pauta de discussões é a delimitação da Jornada de Trabalho. Isso porque, como forma de proteção do trabalhador, os limites da jornada de trabalho atingem diretamente o lucro do empregador e geram discussões das mais diversas.

Este trabalho se propõe a analisar os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o tratamento jurídico dado ao tempo em que o empregado, fora do local de trabalho, permanece com o celular ou outros meios telemáticos de comunicação ligados à espera de um possível chamado do empregador.

Os meios de comunicação acima mencionados deixam o empregado alerta para atender aos chamados tão logo seja solicitado. As discussões giram em torno da liberdade pessoal do trabalhador. De um lado, os argumentos são de que ocorre uma colocação automática dos trabalhadores em relativa disponibilidade perante o empregador, e por isso, seriam merecedores da percepção das verbas de sobreaviso; de outro lado, é sustentado que o fato de o empregado ter livre deslocamento não caracterizaria limitação à sua liberdade de locomoção, não devendo, portanto, caracterizar o sobreaviso.

O assunto é inclusive sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, porém a jurisprudência ainda não é uníssona quanto a concessão ou não do regime de sobreaviso. A Súmula 428 do TST que sofreu alteração em setembro de 2012, ampliando o instituto do sobreaviso, trata do tema e será objeto de análise no presente trabalho. Pela nova redação dada ao dispositivo sumular, o uso dessas tecnologias por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, devendo, para isso, ficar comprovado o regime de plantão e o cerceamento da liberdade de locomoção. A alteração foi no sentido de não restringir o instituto do sobreaviso apenas ao empregado que esperasse o chamado do empregador em sua própria casa, já que hoje é possível a comunicação através dos aparelhos móveis, devendo, portanto, ser considerados.

A partir destas constatações, o estudo a que se propõe visa pesquisar o instituto do regime de sobreaviso e da jornada de trabalho e sua aplicabilidade no que tange ao uso de tecnologias de comunicação móveis. Um olhar sobre a jurisprudência atual é o que se prevê como foco da pesquisa, que buscará entender os aspectos levados em consideração para a caracterização ou não do regime de sobreaviso após a reedição da Súmula 428 do TST.

A pesquisa ganha relevância social no sentido de que as inovações trazidas pela Terceira Revolução Tecnológica trazem consigo a necessidade de repensar conceitos sobre o tempo e o espaço de trabalho que atingem a saúde e a qualidade de vida do trabalhador, bem como os interesses e a lucratividade do empregador.

O estudo foi estruturado em capítulos, sendo que no primeiro capítulo, apresentar-se-á brevemente um levantamento sobre o surgimento do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo, com abordagem do momento em que se passava do liberalismo para o intervencionismo estatal, quando este ramo do direito tomou forma e o trabalhador deixou de ser considerado mero objeto, passando a ser encarado como sujeito de direitos. Será abordado o início da legislação protecionista e suas consequências para a sociedade capitalista da época, quando a liberdade e a autonomia privada tiveram que ceder espaço para a proteção e a dignidade do trabalhador, a partir de então vistas como um dever de prestação do Estado.

O segundo capítulo fará referência mais específica às normas de duração do trabalho e do regime de sobreaviso, abordando a jornada de trabalho e suas limitações. Tais normas são fiel exemplo da limitação da autonomia privada e busca pela redução da exploração da mão de obra. Dar-se-á ênfase ao instituto do sobreaviso, sobre o qual ainda encontram-se dúvidas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

No terceiro capítulo buscar-se-á abordar os avanços tecnológicos e suas consequências para as formas de prestação do trabalho, trazendo à tona a discussão sobre o tratamento jurídico dado ao empregado que, fora do local de trabalho, permanece com o celular ou outras tecnologias de comunicação ligadas à espera de um possível chamado do empregador. Far-se-á ainda um levantamento e estudo da jurisprudência atual (a partir de 2010) do TRT da 12ª

Região, para verificar na prática o que mudou quanto à concessão do regime de sobreaviso a partir da utilização do celular ou de outras tecnologias móveis após a reedição da Súmula 428 do TST, quando houve uma ampliação do instituto, visando abranger as novas tecnologias. A ideia é verificar o que se levava em consideração para a configuração do sobreaviso antes da alteração realizada na Súmula e o que mudou com a nova redação.

## 2 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

### 2.1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Diferem história do trabalho e história do direito do trabalho (NASCIMENTO, 2011, p.32).

O trabalho é tão antigo quanto o homem. “Não existe homem sem trabalho e nem trabalho sem homem” (MARX, 2008, p. 218). Na obra de Karl Marx o trabalho é entendido como fruto da manutenção da existência humana.

Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso, uma condição de existência do homem, independente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana. (MARX, 2008, p. 218)

Bem mais recente, porém, é o Direito do Trabalho, ciência autônoma pertencente ao direito privado, que tem por objeto as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho. Tendo surgido para proteger os trabalhadores,

[...] nasceu como uma natural reação contra as condições de trabalho, que, em decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, da formação do proletariado e da indiferença do Estado diante da questão social, [...] deram a tônica da sua função na sociedade – a proteção do trabalhador pela impossibilidade de se defender diante do poder econômico e suas imposições [...] (NASCIMENTO, 2009, p. 158).

Por assumir essa função de proteção de uma classe oprimida, o Direito do Trabalho mostra-se como uma das expressões mais marcantes do Estado moderno, intervindo nas relações intersubjetivas ou inter-humanas com o intuito de proteger o interesse do todo social. O Estado liberal, que antes se portava como mero espectador da exploração da classe trabalhadora, padeceu ante a luta operária e passou a intervir nas relações de trabalho. “Nesse aspecto intervencionista a ação do Estado faz-se sentir de maneiras diversas, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, seja substituindo-se a ela em benefício do interesse coletivo” (SÜSSEKIND, 2002a, p. 41).

A doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p. 30) ensina que o Direito do Trabalho surgiu com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, tendo a Revolução Industrial como sua principal razão econômica. Desse entendimento compartilha boa parte dos estudiosos.

A origem histórica do Direito do Trabalho está vinculada ao fenômeno conhecido sob a designação de “Revolução Industrial”. [...] Esse acontecimento, verificado no campo da tecnologia, acarretou, desde logo, importantes consequências econômicas e profundas modificações na estrutura social dos povos, refletindo essa infraestrutura no campo do Direito (GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 1).

Num contexto de péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração do labor de mulheres e menores, eclodiram diversas manifestações da classe operária, exigindo do Estado uma limitação às liberdades das partes nos contratos de trabalho. Assim, a legislação do trabalho nasceu intervencionista, tendo em vista ter surgido da reação aos postulados da Revolução Francesa, que asseguravam a completa autonomia da vontade nas relações contratuais, permitindo a exploração do trabalhador (SÜSSEKIND, 2002a, p. 146).

Esse intervencionismo mostrou-se humanista para Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 31), trazendo proteção jurídica e econômica do trabalhador por meio de normas que estabeleceram um regulamento mínimo sobre as suas condições de trabalho a serem respeitadas pelo patrão, e de medidas econômicas voltadas para a melhoria da sua condição social.

Como reflexo desta intervenção estatal, o princípio da proteção do trabalhador, do “economicamente frágil”, do “hipossuficiente”, mostra-se como um dos Princípios mais lembrados na esfera trabalhista, dele decorrendo três outros importantes princípios que iremos abordar em momento oportuno. A ideia que fundamenta tal princípio é buscar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica.

Decorrentes dessa intervenção estatal, e como forma de proteger o trabalhador, surgiram diversas normas limitando a exploração da mão de

obra pela iniciativa privada. Como exemplo disso têm-se as limitações sobre a duração do trabalho, a que se dedica a CLT em seu Capítulo II.

Durante o período histórico em que o Estado se manteve afastado dos problemas do trabalho, eram os assalariados submetidos a extenuantes jornadas de 14 ou mais horas de serviço, “ainda nas primeiras décadas do século passado, o trabalhador entrava com o sol na empresa e dela saía com as primeiras sombras da noite” (SAAD, 2009, p. 144).

Amparados constitucionalmente no Brasil, os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração, trazem consigo uma história de opressão, luta e conquistas. Hoje, os trabalhadores brasileiros estão protegidos por um amplo arcabouço legal, mas nem sempre foi assim.

Para que se entenda a legislação trabalhista atual faz-se necessário uma retrospectiva sobre o surgimento e evolução dessas normas no Brasil e no mundo.

Conforme explica Alice Monteiro de Barros (2013, p. 54), a história do Direito do Trabalho foi dividida em quatro períodos pelos autores espanhóis Granizo e Rothvoss. Essa divisão é utilizada pela doutrina em geral quando se trata de estudar a história jurídico-trabalhista. Houve o período de “Formação” (1802 a 1845), o período de “Intensificação” (1848 a 1890), seguido do terceiro período, chamado de “Consolidação” (1890 a 1919) e, por fim o da “Autonomia” (1919 aos dias de hoje).

No Brasil, Delgado (2013, p.101) aponta três fases de evolução do Direito do Trabalho, tendo como início o fim da escravatura. Para o autor, não há o que falar de Direito do Trabalho no país antes da extinção da escravatura.

Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravatura (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil (DELGADO, 2013, p.101).

Maurício Godinho Delgado não quer, com isso, afirmar que antes de 1888 não existisse no país relações de emprego, indústrias ou qualquer traço de regras jurídicas que, mais tarde, seriam objeto do Direito do Trabalho. O que pretende é posicionar-se no sentido de que:

nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justralhista” (DELGADO, 2013, p.102).

Para o autor, tais condições surgiram apenas com o final da escravatura, em fins do século XIX.

Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 43) compartilha da mesma ideia. Para o autor, na sociedade pré-industrial não havia um sistema de normas jurídicas de direito do trabalho. Predominava a escravidão, que fazia do trabalhador uma *coisa* e não um sujeito de direito. Igualmente, nas Corporações de Ofício da Idade Média, as características das relações de trabalho ainda não permitiam a existência de uma ordem jurídica como o direito do trabalho, apesar de dar-se aos trabalhadores nesta época maiores liberdades.

Delgado (2013, p.101-102) divide a evolução do Direito do Trabalho no Brasil em três períodos. O primeiro, de 1888 a 1930, marcado por manifestações incipientes e esparsas, com um movimento operário sem muita capacidade de organização e pressão. A economia brasileira era marcada pela agricultura cafeeira, e foi nesse meio que se perceberam tais manifestações. Preponderava, no Estado, uma concepção liberal não intervencionista aliada a um sistema de descentralização política, o que dificultava ainda mais a intervenção estatal e o surgimento das normas trabalhistas. Nesse cenário começaram a aparecer de forma ainda muito tímida os primeiros diplomas e normas justralhistas.

O segundo período, de 1930 a 1945, foi a fase de institucionalização (oficialização) do Direito do Trabalho, quando se firmava uma nova estrutura jurídico trabalhista, trazida pela intensa atividade administrativa e legislativa do Estado. Era o fim da hegemonia exclusivista do café. Nesse período, o Estado adotava uma postura largamente



intervencionista, voltada à *questão social*. Nesse contexto, implantou-se a Consolidação das Leis Trabalhistas (DELGADO, 2013, p. 105-106).

Em análise, Delgado afirma que entre estes dois primeiros períodos faltou a fase de sistematização e consolidação das leis trabalhistas, conforme se observou nos países europeus.

A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma fase de sistematização e consolidação, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil, democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico. [...] disso resultou um modelo fechado, centralizado e compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo (DELGADO, 2013, p. 108).

O autor explica que o modelo autoritário e corporativista manteve-se intocado até 1988, quando iniciou o terceiro período, marcado por uma crise e transição do Direito do Trabalho, que desembocou no que se tem hoje. Essa nova fase mostrou avanços democráticos ao mesmo tempo que solidificou mecanismos autoritário-corporativos.

[...] A nova Constituição, pela primeira vez em seis décadas, desde 1930, fixará reconhecimento e incentivos jurídicos efetivos ao processo negocial coletivo autônomo, no seio da sociedade civil. Entretanto, ao mesmo tempo, a referida Carta preservará e aprofundará institutos e mecanismos autoritários-corporativos oriundos das bases do velho modelo justralhista. [...] Por esses avanços e recuos [...] é que não se pode denominar mais do que de *transição* democrática a presente fase vivenciada pelo Direito do Trabalho no país (DELGADO, 2013, p. 109-110).

Ao apontar as principais causas do aparecimento do Direito do Trabalho no contexto mundial, a doutrina destaca os vícios e as consequências da liberdade econômica e do liberalismo político (BARROS, 2013, p. 55).

Dado o surgimento do Direito do Trabalho, as evoluções na legislação protecionista apontaram para um intenso intervencionismo. A liberdade de contratar e a autonomia da vontade, princípios de um direito privado que regia as relações trabalhistas, foram aos poucos sendo substituídos pelo Princípio da Proteção e da Dignidade do Trabalhador. As normas sociais ganharam força e os empregadores já não tinham o total controle sobre seus empregados, afinal, o Estado passou a intervir buscando equilibrar a relação.

## 2.2 DO SISTEMA LIBERAL AO INTERVENCIONISMO ESTATAL

Vimos que o Direito do Trabalho surgiu das revoltas sociais e da luta da classe operária que resultou da Revolução Industrial. Passaremos à análise, mais adiante, do que modificou com o surgimento desse novo ramo jurídico. Porém, antes, é importante que entendamos o contexto político e social vivido à época no Brasil e no mundo.

A industrialização da Inglaterra no final do século XVIII foi um fenômeno singular que refletiu no resto do mundo. A história conta que a Revolução Industrial foi um complemento direto da Revolução Inglesa do século XVII, que criou condições básicas para o surgimento do maquinismo. Vivia-se a Era das Revoluções Burguesas que culminaram de um processo secular, com raízes na crise do sistema feudal e que consolidaram o modo de produção capitalista (ARRUDA, 1984, p. 7-8).

No final do século XVIII, com a invenção de máquinas capazes de realizar tarefas que antes requeriam a força do homem, o trabalhador ia pouco a pouco sendo substituído,

[...] o trabalhador em vez de produzir passa a ser necessário apenas para regular, carregar e acionar a máquina e depois para desligá-la, descarregá-la e pô-la novamente em condições de funcionar. De produtor, o operário é literalmente reduzido a servente de um mecanismo, com cuja força, regularidade e velocidade ele não pode competir. A máquina é mais “produtiva” do que o homem porque supera facilmente os limites físicos do organismo humano. Movida por força hidráulica e pouco depois pela energia do vapor, a máquina pode dar conta de trabalhos para os quais o homem é fraco demais (SINGER, 1987, p. 16-17).

Para Arruda (1984, p.18) esta mudança técnica nas formas de trabalho gerou alterações vitais nas relações sociais de produção. Criou-se o trabalhador coletivo no sistema de fábricas em substituição ao trabalhador parcelar da velha manufatura.

Nasce, com a máquina, o capitalismo industrial, que inspira o liberalismo e rejeita a intervenção do Estado no mercado.

A Revolução Industrial (1760) acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais. As relações de trabalho presididas pelos critérios heterônomos das

corporações de ofício foram substituídas por uma regulamentação essencialmente autônoma. Passavam a submeter-se à ordem liberal vigente (BARROS, 2013, p. 51).

Conforme já dito, o Direito do Trabalho foi consequência da Revolução Industrial. Com a industrialização e a busca pelo lucro, as relações de trabalho restavam precárias. Tal precariedade era facilitada ainda mais pelo sistema liberal adotado à época, reflexo da Revolução Francesa.

O Estado liberal surgiu de uma revolta social dominada pela burguesia. Essa burguesia se insurgiu contra a monarquia absolutista que havia governado a França durante séculos, e, para enfrentar o poderio político da nobreza, utilizou-se das ideias liberais, teoria que dava legitimidade tão grande ou maior do que o sangue e a hereditariedade davam à realeza e à nobreza. Foi a partir das ideias de John Locke que se construiu tal teoria. Locke sustentava que a propriedade privada havia sido instituída por Deus no ato da criação do mundo, assim, seria fruto legítimo do trabalho e este teria uma origem divina, pois o próprio Deus teve que trabalhar seis dias para construir o mundo. Para John Locke, a finalidade primordial do Estado seria, portanto, a proteção desse direito natural e divino da propriedade (SOUTO MAIOR, 2000, p. 51).

Com essas ideias o burguês se legitima no poder, dando ensejo, também à concepção política liberal, motivando a separação do Estado e da sociedade civil. Na sociedade civil transparece a diferença entre os indivíduos, justificada pela propriedade privada. Nela formam-se relações diversas, autorreguladas, entre pessoas e grupos, nas quais o Estado não deve intervir, pois sua única função é garantir a propriedade, com poder de polícia, além de solucionar os conflitos da sociedade civil e cuidar da esfera pública (SOUTO MAIOR, 2000, p. 52).

Para explicar as diferenças sociais afirmava-se que os trabalhadores eram os únicos culpados por sua condição inferior, ao não conseguirem tornarem-se proprietários privados (SOUTO MAIOR, 2000, p. 52).

Segundo a filosofia liberal o Estado era o fantasma que atemorizava o indivíduo; o poder era o maior inimigo da liberdade; e Estado e soberania implicavam antítese. Tal filosofia visava construir obstáculos à tendência monopolizadora do poder, criando uma série de freios destinados a

garantir a liberdade e a propriedade individuais contra ingerências injustificáveis. A ideia era que o Estado não interviesse na área econômica. Assim, surge o Estado como guardião das liberdades individuais em detrimento do regime absolutista autoritário (BONAVIDES, 2001, p. 40).

O liberalismo voltava-se contra o absolutismo político e a sociedade estamental, que sufocava a mobilidade e a liberdade social. Voltava-se contra a economia feudal estática, que pela ação das corporações de ofício, eliminava a liberdade de iniciativa econômica e o progresso (MACEDO, 1995, p. 25).

Foi nesse contexto de uma burguesia crescente e cada vez mais forte economicamente, já no fim do século XVIII, que o Estado absolutista passou a ser enxergado como rival na disputa pelo lucro. Adam Smith, precursor das ideias liberais à época, deblaterava contra o parasitismo do aparelho de Estado, contra os elevados gastos militares e contra a interferência reguladora do governo no funcionamento do mercado. O final do século, marcado pela Revolução Industrial na Inglaterra e pela Revolução Francesa, abriu caminho para o liberalismo que se propagou no século seguinte, primeiro, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, e em seguida, na Rússia, no Japão e em diversos países da América Latina (SINGER, 1987, p.19).

Donald Stewart Jr. (1988, p.17) entende o liberalismo como liberdade política e liberdade econômica, ausência de privilégios, igualdade perante a lei e responsabilidade individual. Ao tratar de liberdade econômica o autor explica que se trata de liberdade de iniciativa, entendida como o direito de entrada no mercado para produzir os bens e serviços que os consumidores e os usuários desejam.

É a liberdade de contrato representada pelo estabelecimento de preços, salários e juros sem restrições de qualquer natureza. É a aventura e o risco de alguém só ser bem-sucedido se produzir algo melhor e mais barato. Uma sociedade organizada segundo os preceitos do liberalismo pressupõe a livre contratação entre as partes de quaisquer transações de interesse recíproco; ninguém pode ser obrigado, por coerção ou fraude, a comprar, a vender, ou a realizar qualquer contrato (STEWART JR., 1988, p.17).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p.30) segue o mesmo entendimento no que tange ao regime liberal. Para o autor, com a Revolução

Francesa foram suprimidas as corporações de ofício, tidas como incompatíveis com o ideal de liberdade individual da pessoa que passou a vigorar na época.

Esse novo regime

[...] consagrou a liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e conseqüentemente, para as livres contratações. Encontrava-se estribado na doutrina de Rousseau, nas doutrinas econômicas dos fisiocratas [...]. Essa nova estrutura social fundava-se no individualismo, que se refletia nos aspectos econômicos, políticos e jurídicos. (BARROS, 2013, p. 50)

Para Singer (1987, p.20) a partir da Revolução Industrial o capitalismo, num país após o outro, passou a dominar a economia de mercado, buscando o desenvolvimento das forças produtivas e a eliminação das barreiras institucionais à livre concorrência.

Com o capitalismo industrial crescia a busca pelo lucro e a oferta de mão de obra, conseqüentemente, os salários diminuían. O resultado era um grande acúmulo de riquezas para os agentes produtivos e uma situação de miséria para a classe trabalhadora (SOUTO MAIOR, 2000, p. 58).

Aos trabalhadores eram impostos ritmos de trabalho cada vez mais intensos e salários cada vez menores, ante ao estado de necessidade que vivia a classe proletária:

Vários são os relatos históricos das condições de vida dos trabalhadores nos primórdios da Revolução Industrial. Costuma-se citar a utilização do trabalho de crianças de até 4 (quatro) anos de idade, o trabalho de mulheres sem qualquer garantia e desvalorizado em relação ao dos homens, as longas jornadas de trabalho, a falta de segurança do trabalho, a ausência de programas sociais, além, é claro, dos baixos salários e dos reflexos desse estado de coisas no cotidiano dessas pessoas (SOUTO MAIOR, 2000, p. 59).

Para Arruda (1984, p. 76), a mecanização do sistema produtivo nivelava por baixo a habilidade necessária dos trabalhadores, assim, era possível incorporar com facilidade o trabalho feminino e infantil, baixando os custos de produção devido aos salários de 1/3 a 1/6 mais baixos que o dos homens adultos. Além dos baixos salários, a classe trabalhadora tinha que se submeter aos desmandos dos patrões.

As dificuldades da classe trabalhadora eram enormes, desde as mais simples, como por exemplo ser obrigada a fazer suas compras na loja do patrão, recebendo seus pagamentos em mercadorias miúdas, ou

ser obrigada a morar em casas fornecidas pela fábrica, contra o pagamento de pesados aluguéis, até os problemas mais graves, tais como: a jornada de trabalho, inexistência de seguro para o trabalho, baixos salários e flutuação dos empregos (ARRUDA, 1984, p. 77).

O modo de produção foi alterado e com ele alterou-se a própria concepção de trabalho e a vida dos trabalhadores, gerando sérios problemas sociais que caracterizaram a chamada *questão social* (NASCIMENTO, 2011, p. 15).

Com o liberalismo instalado nas relações de trabalho e o capitalismo ditando as regras, aguçavam-se os desníveis sociais. Era um problema generalizado. A classe trabalhadora ficava cada vez mais dependente dos empregadores e também mais submetida aos seus desmandos. Referimo-nos a um problema coletivo, fruto de diversos conflitos sociais que só foram amenizados, mas não solucionados, a partir das doutrinas sociais implementadas pouco a pouco.

Alice Monteiro de Barros (2013, p. 50) destaca que o princípio liberal e seus postulados individualistas atuaram como as bases sobre as quais se desenvolveu todo o mecanismo das relações jurídico-laborais existentes até o aparecimento do fenômeno intervencionista, sob o qual passamos a nos debruçar.

Sabe-se até aqui que o Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, foi a principal razão econômica desse surgimento.

Tem-se que a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia, substituindo a força humana, acarretou na substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado. É nesse contexto que surge o direito trabalhista, em razão das péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração do labor de mulheres e menores, os trabalhadores começaram a se reunir para reivindicar melhorias. Em um cenário de revoltas trabalhistas,

[...] o Estado deixa seu estado de abstenção e passa a intervir nas relações de trabalho, impondo limitações à liberdade das partes, para a proteção do trabalhador, por meio de legislação proibitiva de abusos do empregador, como forma de preservar a dignidade do homem no trabalho (GARCIA, 2013, p. 31).

Jorge Luiz Souto Maior explica que a intensa aglomeração de trabalhadores proporcionou a conscientização de classe para reivindicar melhores condições de vida e de trabalho. Dessas reações advieram algumas leis trabalhistas “especialmente quanto ao trabalho das crianças e das mulheres, e, em seguida, tratando do limite da jornada de trabalho, que teria chegado a 16 horas” (2000, p. 59).

O direito do trabalho surge, portanto, mais como fruto de uma luta de ideias do que de uma reação instintiva dos trabalhadores pela sobrevivência, podendo-se destacar, também, que o resultado dessa luta, ou seja, a regulação das relações de trabalho, em certa medida, foi uma conquista, mas, em outra, uma reação do próprio capital como tática de sobrevivência. Neste sentido o Estado-Providência foi uma criação do próprio capitalismo (SOUTO MAIOR, 2000, p. 60).

A intervenção estatal foi feita aos poucos, até porque vivia-se num regime liberal e o Estado não poderia, do dia para a noite, passar a regular os contratos trabalhistas. Tomou-se por base as relações entre o Estado e o funcionalismo público, já reguladas pelo Direito Administrativo. Com a pressão popular e o aparecimento de um clamor por um estado social, o Estado se dispôs a intervir nas relações de trabalho entre patrões e operários (SOUTO MAIOR, 2000, p. 61).

O intervencionismo foi resultado do aparecimento das massas, com o surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade.

No contexto mundial, as primeiras constituições que se ocuparam de institutos de Direito do Trabalho foram a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. Nascia ali o “Welfare State” – Estado de bem estar social, com o fim de garantir direitos sociais exigindo uma atuação positiva do Estado e não mais uma mera abstenção (BARROS, 2013, p. 56).

A Constituição do México de 1917 trazia, em seu artigo 123, regras limitando a autonomia entre as partes em um contrato de trabalho. A jornada de trabalho, assunto que é alvo direto neste estudo, foi limitada em 8 horas diárias; a jornada noturna limitou-se em 7 horas; para menores de 16 anos o limite era de 6 horas diárias. Além da limitação de jornada, a Constituição Mexicana proibia o trabalho de menores de 12 anos; previa o

descanso semanal; a proteção à maternidade; o direito ao salário-mínimo; a igualdade salarial; a proteção contra acidentes no trabalho, o direito a sindicalização; o direito de greve; conciliação e arbitragem de conflitos; o direito à indenização de dispensa e seguros sociais, dentre outros (GARCIA, 2013, p. 31).

A Constituição de Weimar, de 1919 na Alemanha, disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas; a liberdade de união e organização dos trabalhadores para a defesa e melhoria das condições de trabalho; direito a seguros sociais, bem como a representação dos trabalhadores na empresa, dentre outros direitos trabalhistas (GARCIA, 2013, p. 31-32).

Ainda em 1919 previu-se a criação, a partir do Tratado de Versalhes, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Em 1927, a Carta de Lavoro, da Itália, instituiu um sistema corporativista, que se difundiu pela Espanha, Portugal e Brasil, trazendo como princípios a intervenção do Estado na ordem econômica, o controle do direito coletivo do trabalho e a concessão de direitos aos trabalhadores (NASCIMENTO, 2013, p. 46).

As transformações ocorridas em toda a Europa com o surgimento de leis de proteção ao trabalho e a instituição da OIT influenciaram para que tais normas se espalhassem pelo resto do mundo, inclusive no Brasil. A década de 30 foi decisiva para a institucionalização do direito trabalhista no Brasil (GARCIA, 2013, p. 34).

Na década de 1930, diversos Decretos do Poder Executivo estabeleciam normas referentes a questões trabalhistas. Nesse sentido, pode-se destacar a instituição da Carteira Profissional pelo Decreto 21.175/1932, a disciplina da duração da jornada de trabalho em diversos setores da atividade econômica, como no comércio (Decreto 21.186/1932) e na indústria (Decreto 21.364/1932), o trabalho das mulheres em estabelecimentos industriais e comerciais (Decreto 21.417-A/1932), o trabalho dos menores (Decreto 22.042/1932) e os serviços de estiva (Decreto 20.521/1931) (GARCIA, 2013, p. 34).

O Estado dedicou-se a regularizar o trabalho pela via legislativa. Percebe-se neste período um grande avanço legislativo no sentido de diagnosticar os problemas sociais surgidos da exploração do trabalho humano.



A década de 30 foi, portanto, um marco na legislação trabalhista tendo em vista que transformou o trabalhador em sujeito do Direito Social.

A primeira Constituição brasileira a trazer normas específicas de Direito do Trabalho foi a de 1934, que previa a produção de leis que estabelecessem as condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país (BARROS, 2013, p. 56).

Têm-se como exemplo o artigo 121, §1º que delimitava as normas para a legislação trabalhista.

Art. 121, § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1934 previa ainda a instituição da Justiça do Trabalho e a equiparação dos profissionais liberais aos trabalhadores para efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social.

Pelo que se pode constatar, foi essa a primeira Constituição a tratar do salário mínimo, da jornada de oito horas, das férias anuais remuneradas, da proibição de qualquer trabalho a menores de 14 anos, do trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres. Essa mesma Constituição assegurou indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos. Não dispôs, entretanto, sobre sua remuneração, tampouco estendeu o descanso aos dias santos e feriados. A Constituição de 1934 dedica atenção especial à maternidade, deixando claro que a licença correspondente se faz sem prejuízo do salário e do emprego, mas mediante a instituição de previdência a cargo da União, do empregador e do empregado. Proíbe-se a diferença de salário para o

mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (BARROS, 2013, p. 57-58).

De acordo com Arnaldo Süssekind (2010, p. 34), depois da Revolução de 3 de outubro de 1930 todas as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador. A Constituição de 1934 inseriu um novo capítulo para a história brasileira tratando sobre a ordem econômica e social.

Em 1937, a Carta Constitucional marcava uma fase intervencionista do Estado, decorrente do golpe de Getúlio Vargas. Para Sérgio Pinto Martins, era uma Constituição de cunho eminentemente corporativista, inspirada na *Carta del Lavoro*, de 1927, e na Constituição polonesa (MARTINS, 2008, p. 10). O trabalho passava a ser visto no Brasil como dever social, bem que cabia ao Estado proteger (BARROS, 2013, p. 58).

O art. 135 da Carta Constitucional de 1937 (BRASIL, 1937), situado no Capítulo sobre a Ordem Econômica, previa a intervenção do Estado no domínio econômico, porém, só se legitimando para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção.

No art. 137, a Constituição estipulava diversos preceitos para a legislação trabalhista, dentre eles: licença anual remunerada, estabilidade no emprego, salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades, jornada de trabalho, horário noturno diferenciado (BRASIL, 1937).

Na sequência, em seu art. 138, a Constituição trata sobre a associação profissional ou sindical, considerando-as livres, instituindo, porém, a unicidade sindical e impondo a contribuição sindical. Tratou ainda sobre a greve<sup>1</sup> e o *lock-out*<sup>2</sup>: Considerava-os recursos antissociais, nocivos ao capital e ao trabalho e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Além da Constituição, surgiram diversas outras normas esparsas disciplinando os direitos trabalhistas. Em 1943 foi aprovada a Consolidação das

---

<sup>1</sup> Greve segundo o texto da Lei 7.783/89 é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

<sup>2</sup> Lock-out consiste na prática de trancar os trabalhadores do lado de fora das fábricas, impedindo-os de entrar para que exercessem seus trabalhos.

Leis do Trabalho (CLT), com o objetivo de reunir as leis esparsas existentes à época.

Em 1946, a nova Constituição retomava as diretrizes democráticas de 1934, previa que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça social, conciliando liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano, que era considerado obrigação social devendo ser assegurado a todos e possibilitando-lhes uma existência digna (BARROS, 2013, p. 59).

A Constituição de 1946 é considerada uma norma democrática, rompendo com o corporativismo da Constituição anterior. Nela encontramos a participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158) e outros direitos que estavam na norma constitucional anterior (MARTINS, 2008, p. 100).

Para Alice Monteiro de Barros (2013, p. 59), o aspecto mais inovador da Constituição de 1946 foi a integração da Justiça do Trabalho aos quadros do Poder Judiciário, pois anteriormente era órgão administrativo.

Em 1967, a Constituição manteve os direitos trabalhistas já estabelecidos pelas Constituições anteriores.

Em 1988, veio a Constituição Cidadã, que traz os direitos trabalhistas disciplinados no Capítulo sobre Direitos Sociais, como Direitos e Garantias Fundamentais e não mais no capítulo sobre a Ordem Econômica e Social, como nas antigas Cartas.

Em linhas resumidas, apresentou-se a história constitucional dos direitos trabalhistas, com o intuito de mostrar como esses direitos foram ganhando espaço na legislação brasileira. Hoje, os trabalhadores estão amplamente amparados pela legislação, o que se deve à luta política, econômica e social em todo o mundo.

Percebe-se, assim, que da liberdade contratual plena, existente no Estado Liberal em pleno século XVIII, surgiram diversos conflitos sociais que impuseram uma interferência do Estado na ordem econômica e social, o que deu início a uma nova ordem jurídica, o Direito do Trabalho.

O direito do trabalho tende à realização de um valor: a justiça social; Não é o único meio de sua consecução, mas é uma das formas pelas

quais um conjunto de medidas que envolvem técnicas econômicas de melhor distribuição de riquezas, técnicas políticas de organização da convivência dos homens e do Estado e técnicas jurídicas destinadas a garantir a liberdade do ser humano, dimensionando-a num sentido social, visa a atingir a justiça social (NASCIMENTO, 2011, p. 61).

O fim da legislação trabalhista, segundo a leitura de Amauri Mascaro Nascimento, é atingir a justiça social. Para isso, utiliza-se dos Princípios e normas norteadores, a exemplo da Proteção ao Trabalhador, sobre o qual passamos a nos debruçar.

### 2.3 O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: O DEVER DE PRESTAÇÃO DO ESTADO

Os direitos fundamentais surgiram através de um processo de luta, foram conquistados no decorrer do tempo. Têm como característica a historicidade, surgindo e se afirmando no decorrer dos anos.

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 25).

A doutrina divide os direitos fundamentais em Gerações, ou, como alguns autores preferem, Dimensões. Assim destaca Celso de Mello,

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (BRASIL, 1995 apud MORAES, 2010, p. 31).

Os direitos ligados à liberdade individual (Direitos de 1ª Geração) foram conquistados a partir das Revoluções Setecentistas, já os direitos cujo princípio irradiante é a igualdade surgiram como consequência da Revolução Industrial (Direitos de 2ª Geração). Por fim, os direitos que irradiam o Princípio

da Fraternidade se deram no período Pós-Guerra, quando passou a se buscar uma proteção aos direitos humanos no plano internacional pensado coletivamente.

Bobbio afirma que estamos na Era dos Direitos, onde se desenvolvem as diversas gerações de direitos conquistadas a partir da evolução histórica.

[...] a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004, p. 25).

De acordo com Alexy (2008, p. 395), os direitos de 1ª Geração destinam-se, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado, ou seja, direitos de ações *negativas* (abstenções) do Estado.

Por outro lado, os Direitos Sociais (2ª Geração) apresentam-se como direitos a prestações estatais. Exigem uma ação do Estado no sentido de garantir tais direitos, como exemplo traz-se o Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho, como já muito explicitado, decorreu da revolta proletária contra os abusos dos empregadores e da pressão para que o Estado interferisse nas relações privadas, garantindo um Estado de bem-estar social, encontra-se, portanto, na Geração dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, denominada 2ª Geração.

Esses direitos sociais, segundo Alexandre de Moraes (2010, p. 197), caracterizam-se como verdadeiras “liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”.

Ao falar em igualdade social, é importante estar atento ao conceito de igualdade, consubstanciado no princípio constitucional da isonomia. Como destaca Alexy (2008, p.396), não significa tratar a todos exatamente da mesma forma, mas sim, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

O enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente” [...] (ALEXY, 2008, p. 397).

Assim, Alexy destaca que o direito à igualdade pode ser dividido em dois tipos: direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual.

As normas do direito trabalhista são notadamente desiguais, no sentido de que tratam os trabalhadores como desiguais (hipossuficientes), e por isso designam uma série de proteções a estes trabalhadores, com a finalidade de alcançar um fim maior, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana, tida como Supra-princípio na garantia dos Direitos Fundamentais. Porém, é por trazer tais normas desiguais, que o Direito do Trabalho prima pelo Princípio da Igualdade, sendo que, como dito por Alexy, para se alcançar a igualdade no caso concreto é necessário tratar desigualmente os desiguais.

Como demonstração dessa desigualdade de tratamento trazida pelo Direito do Trabalho cita-se um dos princípios basilares deste ramo do direito: o Princípio da Proteção, que, segundo Américo Plá Rodrigues (2000, p. 83), ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes (o trabalhador).

Desta monta, chega-se ao que Delgado (2013, p. 188) afirma: um Direito Individual do Trabalho construído a partir da constatação fática da

diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico.

### **2.3.1 As normas trabalhistas e o Princípio da Proteção como instrumento de efetivação da Dignidade da Pessoa Humana**

Conforme assinalado, um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o Princípio da Proteção que, segundo Plá Rodrigues (2000, p. 85), encontra seu fundamento na própria razão de ser do Direito do Trabalho, sendo que, historicamente, surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração.

Em sua importante obra Princípios de Direito do Trabalho, Américo Plá Rodrigues (2000, p. 86-87) destaca que a ideia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. Para compensar a desigualdade econômica que foi se acentuando, criou-se em proveito dos trabalhadores uma série de vantagens unilaterais, visando permitir ao trabalhador recuperar, no terreno do direito, o que perdeu no terreno da economia.

Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego (DELGADO, 2013, p. 188).

Diante das agitações dos trabalhadores e das lutas sociais no continente europeu e, mais tarde, no Brasil, o Estado resolveu intervir na regulamentação do trabalho. Para isso, inspirou-se

[...] em normas que lhe atribuem critérios próprios, não encontrados em outro ramo do Direito. Essas normas são os princípios peculiares do Direito do Trabalho, entre os quais está o da proteção, centralizado numa garantia de condições mínimas de trabalho [...] (BARROS, 2013, p 67).

O Princípio da Proteção insere-se na estrutura do Direito do Trabalho como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, além de visar a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e, por fim, possibilitar aos trabalhadores adquirir *status* social, noção máxima de cidadania. Por isso destaca-se que o fundamento do princípio da proteção está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho (GARCIA, 2013, p. 94).

O polo mais fraco da relação jurídica de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial, ou seja, promovendo-se o equilíbrio que falta na relação de trabalho, pois, na origem, os seus titulares normalmente se apresentam em posições socioeconômicas desiguais (GARCIA, 2013, p. 94).

A proteção demandada ao trabalhador resulta do fato de que o instituto-chave do direito trabalhista é o trabalho humano subordinado. Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008, p. 11), é nesse aspecto que o contrato de trabalho se diferencia dos outros tipos de contrato. Enquanto os contratos de direito comum giram em torno de coisas, de bens, de patrimônio, o contrato de trabalho apanha a própria pessoa, envolvendo-a na sua essência humana.

“O trabalho como expressão da personalidade humana, como atributo do ‘ser’ e qualificado na sua forma de dependência. O sujeito da relação emprega não só as suas energias físicas, que não são por si mesmas um objeto descartável do ente humano, mas ainda investe a própria pessoa humana, como fonte permanente da qual emanam aquelas energias” (GOMES E GOTTSCHALK, 2008, p. 11).

Essa legislação trabalhista garantista coexiste com o Princípio da Dignidade Humana, hoje considerado um Supraprincípio nos ordenamentos jurídicos em todo o mundo. O Princípio da Proteção, considerado um fim em si mesmo no Direito do Trabalho, mostra-se, a nosso ver, como um princípio meio quando considerado interdisciplinarmente, pois aliado aos diversos outros institutos do Direito do Trabalho, é mecanismo em busca de um fim, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Segundo destaca Flademir Jerônimo Belinati Martins (2005, p. 16), o ser humano tem sido acolhido como o centro e o fim do direito.

Alice Monteiro de Barros (2013, p. 150) sustenta que a Dignidade Humana não se confunde com o princípio da proteção, pois é superior a ele.



Para a autora, a dignidade humana ocupa posição de destaque no exercício dos direitos e deveres que se exteriorizam nas relações de trabalho e aplica-se em várias situações, principalmente, para evitar tratamento degradante do trabalhador.

Não se quer com isso afirmar que o Princípio da Proteção tenha nascido como desdobramento da noção de Dignidade da Pessoa Humana, até porque é anterior a ela, se considerarmos a institucionalização destes princípios nos ordenamentos jurídicos. A primeira Constituição brasileira a tratar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto fundamento da República e do Estado Democrático de Direito foi a de 1988. A primeira referência ao tema, conta Martins (2005, p. 47), pode ser encontrada na Constituição de 1934, ainda que de forma incipiente, que trazia no seu artigo 115 a previsão de que a ordem econômica fosse organizada de modo que possibilitasse a todos uma “existência digna”.

A Dignidade Humana não é uma criação constitucional, mas um valor que vem sendo cunhado há séculos, e que as Constituições decidiram atribuir máxima relevância jurídica (MARTINS, 2005, p. 98). É por essa noção de Dignidade da Pessoa Humana que se afirma neste trabalho que o Princípio da Proteção serve como meio em busca de um fim, como um Princípio atrás de um Supraprincípio.

A dignidade da pessoa humana, proclamada na Constituição Federal, é uma declaração e não uma criação constitucional. Ela preexiste e a proclamação constitucional tem o sentido de instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade mediante os poderes estatais (WANDERLEY, 2009, p. 107).

Muitos foram os autores que abordaram o tema Dignidade da Pessoa Humana, porém, constitucionalmente, essa expressão apareceu pela primeira vez na Constituição da Alemanha de 24 de maio de 1949. No Brasil, apesar de ao tempo das Constituições de 1934, 1946 e 1967 já se abordar a dignidade da pessoa, ainda que em outro contexto, a fórmula atualmente conhecida foi trazida apenas na Constituição de 1988. A dignidade da pessoa humana aparece, agora, como um valor supremo do Estado brasileiro (MARTINS, 2005, p. 16).

Ingo Wolfgang Sarlet considera dignidade da pessoa humana,

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2009, p. 37).

Ademais, com a doutrina de Kant, foi exaltada a noção de que o homem é um fim em si, e não um meio. Diferente das coisas e dos animais, o ser dotado de razão é pessoa e centro de imputação jurídica, capaz de determinar suas próprias leis. Assim, enquanto as coisas têm preço, a pessoa humana tem dignidade, que é intrínseca a ela e constitui um valor absoluto. Enquanto os objetos têm valor condicional e são substituíveis ou têm equivalentes, o ser humano é único e dotado de valor intrínseco. Ele é a própria medida do seu valor, como um fim em si mesmo, único e insubstituível. (WANDERLEY, 2009, p. 106).

Assim, a desembargadora federal do trabalho do TRT da 21ª Região, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley (2009, p. 110), destaca que importa trazer a noção de dignidade da pessoa humana para as relações de trabalho. Para ela, o surgimento e a própria estrutura do contrato de trabalho convoca a aplicação do princípio haja vista o desequilíbrio econômico e social nesse vínculo levar a que haja uma possibilidade maior de violação do respeito à dignidade.

Assim, tem-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem aplicação horizontal, ou seja, aplica-se nas relações privadas e não apenas nas relações entre o Estado e os indivíduos. Os contratos de trabalho são regulados por normas a fim de garantir esses valores. Normas que impõem não só ao Estado, mas a todo e qualquer indivíduo o dever de preservar no outro o valor da dignidade.

### 3 A DURAÇÃO DO TRABALHO E O REGIME DE SOBREAVISO

#### 3.1 JORNADA DE TRABALHO: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Como forma de limitar a autonomia privada nos contratos de trabalho e com isso reduzir a exploração da mão de obra, o Estado impôs diferentes normas regulamentadoras das relações de emprego. Essa intervenção do Estado resultou em limitações à duração da jornada de trabalho, que, como exemplo, têm-se as limitações trazidas na CLT em seu Capítulo II.

É inegável a importância do assunto em voga tendo em vista o efeito da jornada de trabalho na vida do trabalhador. Para tentar alcançar a dignidade humana do trabalhador, a limitação da jornada se faz necessária, já que repercute na sua integridade física e mental, conforme já destacado.

Antes de adentrarmos no tema, porém, é preciso esclarecer o que significa “jornada de trabalho”, para, a partir de então, entendermos as limitações e seus motivos.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 275), os autores que se especializaram nos estudos sobre a jornada de trabalho não são unânimes quanto à denominação do tema, havendo três formas de expressá-lo: *jornada de trabalho, duração do trabalho e horário de trabalho*.

“A primeira, jornada de trabalho, recebe a crítica de que é restrita e porque não compreende os intervalos. A segunda, duração do trabalho, é considerada extensa demais, porque teria de abranger o estudo do repouso semanal e das férias além de todo descanso. A terceira, horário de trabalho, é vista como limitativa também porque só abrangeria a indicação da hora em que se inicia até a hora em que termina o trabalho” (NASCIMENTO, 2013, p. 275).

Longe de querer adentrar à polêmica doutrinária, desde já adianta-se que se priorizou, no presente trabalho, denominá-la jornada de trabalho.

Nascimento (2013, p. 790-791) afirma que a jornada como medida do tempo de trabalho é o estudo dos critérios básicos destinados a esse fim, a saber, o que é e o que não é incluído no tempo de trabalho: o tempo

efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador, o tempo “*in itinere*” e os intervalos para descanso ou alimentação. Para o autor, não há dúvida de que a lei brasileira afasta o critério do tempo efetivamente trabalhado, para adotar o critério do tempo posto à disposição do empregador.

O critério do tempo efetivamente trabalhado está sendo afastado. Nele o trabalho é contraprestativo com o salário. Só é remunerável e de trabalho o período no qual o empregado prestou a sua atividade. Levado às últimas consequências, toda vez que o empregado, mesmo no local de trabalho, deixasse de produzir, não estaria correndo a jornada de trabalho (NASCIMENTO, 2013, p. 790).

O autor ressalta que a lei brasileira acolhe a teoria do tempo à disposição do empregador, que considera trabalho o simples fato de o trabalhador estar sob a dependência jurídica do empregador e não apenas porque e quando está trabalhando. É, portanto, o tempo em que o empregado permanece, mesmo sem trabalhar, à disposição do empregador.

Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p. 856), a jornada de trabalho é um sistema híbrido, que resulta no montante de horas de um dia de labor.

Na realidade, são computadas na jornada de trabalho não só o tempo efetivamente trabalhado, mas também o tempo à disposição do empregador. As chamadas horas *in itinere*, presentes certos requisitos, também são computadas na jornada de trabalho. [...] No Direito do Trabalho em vigor, não se pode dizer que somente uma dessas teorias seja aquela adotada, mas verifica-se, na realidade, um sistema híbrido, considerando-se jornada de trabalho não só o tempo de serviço, mas adotando certos aspectos das teorias do tempo à disposição do empregador e do tempo *in itinere* [...] (GARCIA, 2013, p. 857).

Alessandro Severino Valler Zenni (2006, p. 130) acrescenta ainda que se diferencia a jornada de trabalho do horário de trabalho, porquanto este representa o momento inicial e terminal do trabalho, e a jornada todo o espaço de tempo à disposição do empregador, compreendendo, ainda, intervalos, disponibilidades, paralisações, extraordinárias etc.

Nota-se que a legislação brasileira adotou a teoria do tempo à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, em contraposição a teoria do tempo efetivamente trabalhado. É o que se presume da leitura do art. 4º da CLT: “considera-se como de serviço efetivo o período

em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada” (BRASIL, 2013).

Tem-se que tempo de serviço efetivo é o lapso de tempo (dias, semanas, meses e anos) em que o empregado esteve à disposição do empregador, aguardando ou cumprindo ordens.

Fábio Nunes de Lima (2013, p. 21), em dissertação de mestrado, destaca que as primeiras relações de trabalho ocorreram sob o regime de escravidão, portanto, de trabalho forçado. Assim, não se submetiam a nenhum controle de jornada. Após a escravidão, surgiram as fases de servidão, corporações de ofício e locação de serviços, fase em que as jornadas de trabalho ainda eram degradantes.

Durante o período histórico em que o Estado se manteve afastado dos problemas do trabalho, eram os assalariados submetidos a extenuantes jornadas de 14 ou mais horas de serviço, [...] ainda nas primeiras décadas do século passado, o trabalhador entrava com o sol na empresa e dela saía com as primeiras sombras da noite (SAAD, 2009, p. 144).

Conforme descreve Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

No início da Revolução Industrial, os trabalhadores eram expostos a jornadas de trabalho extenuantes, com precárias condições no meio ambiente de trabalho, prejudicando a saúde, a segurança e a própria vida dos trabalhadores. No início do século XIX, na maioria dos países da Europa, a jornada de trabalho era por volta de 12 a 16 horas por dia, com grande utilização de mão de obra das mulheres e crianças (2013, p. 854).

A preocupação com a jornada de trabalho e sua limitação surgiu com a já mencionada intervenção estatal nos contratos de trabalho.

Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento destaca que:

A Revolução Industrial acelerou a contradição entre o capital e trabalho como há muito não se via. Ficou nítida a divisão da sociedade entre os assalariados e os capitalistas: estes detentores dos meios de produção, aqueles oferecendo sua força de trabalho como mercadoria em troca de salário. A forte contradição gerada pela exploração desmesurada da força de trabalho, que se consumia por inteiro no processo produtivo, foi um terreno fértil para os reformadores e revolucionários. No entanto, a limitação da jornada de trabalho foi, desde o início, preocupação de âmbito internacional, pois a concorrência levava os empresários e os Estados a temer que a

redução dos horários de trabalho nas indústrias causasse perda de competitividade internacional (NASCIMENTO 2013b, P. 283-284).

A primeira lei reduzindo a jornada de trabalho surgiu em 1847 na Inglaterra, onde se limitava a 10 horas a jornada diária. Após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) a jornada de 8 horas começou a espalhar-se por todos os países. Segundo narra Saad (2009, p. 144), a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em sua primeira reunião, realizada em Washington em 1919, adotou o “Convênio 1”, consagrando o princípio da jornada de oito horas ou da semana de 48 horas.

Somente com o Tratado de Versalhes, entretanto, ficou galvanizado o direito “à jornada de oito horas ou da semana de 48 horas”, posteriormente sancionado e divulgado pelo mundo através das Convenções de Washington e de Genebra, respectivamente, para a indústria (1919) e para o comércio (1930). Entre nós, desde 1932, foi regulamentada por decreto a jornada de oito horas para os comerciários, seguindo-se a esta outras categorias, tendo sido o princípio firmado pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e pela vigente (GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 301).

Gustavo Garcia (2013, p. 854) destaca que até a Igreja Católica mostrou-se preocupada com as extenuantes jornadas de trabalho, e em 1891, na Encíclica *Rerum Novarum*, estabelecia o mandamento de que as horas de trabalho no dia não deveriam exceder as forças do trabalhador, devendo-se fixar, igualmente, o devido repouso.

No Brasil, como já explicitado, os direitos trabalhistas passaram a ter uma regulamentação efetiva com a institucionalização do Direito do Trabalho. O marco inicial foi o Golpe de Estado de 1930, que instaurou um novo padrão de atuação do Estado, agora intervencionista e voltado para a questão social (CABRAL, 2013, p. 55).

A primeira fase da legislação profissional e de cunho protetivo que tratava especificamente da jornada de trabalho materializa-se em diversos decretos expedidos entre os anos de 1932 e 1934. Destacando-se os Decretos n. 21.186 e n. 22.033, que limitava a jornada de trabalho em oito horas para o setor do comércio e para o da indústria, respectivamente (CABRAL, 2013, p. 55).

Amauri Mascaro Nascimento acrescenta que:

Em 1933, houve a regulamentação por decreto da jornada de trabalho nas barbearias (Dec. n. 22.979), farmácias (Dec. n. 23.084) e panificação (Dec. n. 23.104); a duração diária do trabalho nas casas

de diversões foi fixada em 6 horas (Dec. n. 23.152), nos bancos e casas bancárias, em 6 horas (Dec. n. 23.322), e nas casas de penhores, em 7 horas (Dec. n. 23.316) (NASCIMENTO, 2013b, p. 281).

O autor ensina ainda que em 1934 a jornada de 8 horas foi instituída em favor dos trabalhadores em transportes terrestres, armazéns e trapiches das empresas de navegação, indústrias frigoríficas, pessoal de hotéis e restaurantes, e em 6 horas para o pessoal de telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonia.

Em 1935 foi a vez dos ferroviários e em 1938 foi disciplinado o trabalho dos jornalistas, com jornada normal de 5 horas. Em 1940 os professores foram beneficiados com um limite máximo de 6 aulas por dia. Em 1940, Nascimento explica, deu-se a unificação dessas normas esparsas, através do Decreto-lei n. 2.308, pelo qual passamos a ter a regra geral das 8 horas e durações diferentes para determinadas profissões (NASCIMENTO, 2013b, p. 281-282).

A CLT (1943) incorporou o Decreto-lei n. 2.308 e os regimes especiais. A Constituição de 1988 manteve a duração diária de 8 horas e reduziu a semanal de 48 para 44 horas. Em 1994, a Lei n. 8.966 deu nova redação ao art. 62 da CLT para excluir da proteção das regras de jornada de trabalho os gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial quando receberem gratificação de função de 40%. (NASCIMENTO, 2013b, p. 282)

Por fim, em 2001, a Lei n. 10.243, explica Nascimento, acrescentou um parágrafo ao art. 58 da CLT, dispondo sobre tempo *in itinere*, e a Medida Provisória n. 2.164 criou o regime de jornada de trabalho a tempo parcial, incorporada ao texto da CLT (art. 58-A).

O controle da jornada era um dos aspectos mais em voga nessa dicotomia entre capital e trabalho. O Estado intervencionista buscava reduzir a exploração selvagem da mão de obra gerada pelo capitalismo, implementando normas regulamentadoras e limitadoras dos contratos de trabalho. A doutrina trabalhista destaca diversos fundamentos para tal limitação, dentre eles os de ordem biológica, social e econômica, sempre harmonizando com o mandamento fundamental de dignidade da pessoa humana.

### 3.2 A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Süssekind (2002b, p. 784) afirma que a limitação do tempo de trabalho destaca-se entre os princípios que se universalizaram visando à proteção do trabalho humano e à dignificação do trabalhador, dando-se sob um tríplice aspecto: a duração de trabalho, o repouso semanal e as férias anuais.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, as razões para a limitação da jornada de trabalho são de diversas ordens, como biológica, social, econômica, religiosa e familiar (BEZERRA LEITE, 2013, p. 401).

Tal limitação, para Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p. 853), atende a uma necessidade de integridade e harmonia física, psíquica e psicológica do trabalhador, mostrando-se como essencial na concretização da dignidade da pessoa humana.

Alice Monteiro de Barros segue nessa mesma linha:

As explicações para tal limitação são de diversas ordens: fisiológica, que diz respeito aos efeitos psicofisiológicos causados ao empregado decorrente da fadiga; social, sendo que o empregado deve poder conviver e relacionar-se com outras pessoas, dedicar-se à família, dispor de horas de lazer; econômica, restringindo o desemprego e acarretando, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho, dentre outras (BARROS, 2011, p. 522-523).

As normas sobre a duração do trabalho, segundo destaca Alice Monteiro de Barros em seu Curso de Direito do Trabalho,

[...] têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. Daí as sucessivas reivindicações de redução da carga horária de trabalho e alongamento dos descansos. Aliás, as longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo. O estresse, por sua vez, poderá ser responsável por enfermidades coronárias e úlceras, as quais estão relacionadas também com a natureza da atividade, com o ambiente de trabalho e com fatores genéticos. A par do desgaste para o organismo, o estresse é responsável ainda pelo absenteísmo, pela rotação de mão de obra e por acidentes do trabalho. Além desse fundamento de ordem fisiológica, as normas sobre duração do trabalho possuem, ainda, um outro, de ordem econômica, pois o empregado descansado tem o seu rendimento aumentado e a produção aprimorada. Já o terceiro fundamento, capaz de justificar as normas sobre duração do trabalho, é de ordem social: durante o dia o empregado necessita de tempo para o convívio familiar e para os compromissos sociais (BARROS, 2013, p. 522-523).



Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2008, p. 295-298) destacam que as instituições do repouso ou do tempo livre surgiram sob um tríplice aspecto: fisiológico; moral e social; e econômico. Assim, a duração do trabalho é regulamentada com vistas à tutela da saúde, da vida moral e social do indivíduo, da economia em geral, e, ainda, da liberdade individual.

Percebe-se que os fundamentos para a intervenção estatal na limitação da jornada do trabalhador são de diversas ordens e conectam-se de alguma forma aos direitos sociais trazidos com a segunda onda de direitos, os direitos de Segunda Geração. O bem estar do trabalhador passou a ser preocupação do Estado, que, agora, cedendo às pressões populares, passava a ter um novo papel na sociedade, papel este, muito mais ativo. O Estado, neste momento, assumia uma postura imperativa perante as partes no contrato de trabalho, só assim, seria capaz de tentar igualar as partes contratantes.

As disposições legais vigentes, relativas à duração do trabalho, são de caráter imperativo, “não podendo, em princípio, ser violadas por qualquer ajuste estipulado entre empregado e empregador, nem pelas convenções e acordos coletivos que lhes sejam aplicáveis (arts. 9º e 444 da CLT)”. Ressalta-se, porém, duas exceções trazidas pela Constituição de 1988, quais sejam: a) compensação dos horários com redução das jornadas (art. 7º, XIII); b) adoção de regras especiais de trabalho para os turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV) (SÜSSEKIND, 2002b, p. 791).

Direito fundamental do trabalhador, o descanso é destacado como aspecto importante no desenvolvimento integral da personalidade humana.

[...] o tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e que lhe facilitem convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, leitura de jornais e revistas, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria da sua condição social (NASCIMENTO, 2009, p. 488).

Para Noêmia Porto (2009), juíza do trabalho titular da 2ª Vara de Araguaína (TO), a questão do limite à jornada conecta-se necessariamente com a proposta internacional de promoção do trabalho decente, “aquele desenvolvido em condições de liberdade, igualdade, seguridade e dignidade”, e

ambienta uma normatividade de princípios fundamentais, não só em razão da luta histórica pela afirmação de direitos relacionados a dignas condições de trabalho, como também porque precisa ser associada cotidianamente a uma consistente política de saúde no trabalho.

Os fatores biopsicossociais (sociais, psicológicos e biológicos) do trabalhador demandam que se lhe possa garantir o tempo necessário para a construção de uma identidade pessoal que não necessariamente se relaciona com os desafios do trabalho. O direito de acesso ao trabalho decente – e não apenas o direito a ocupar-se, esclareça-se – é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Além de outros motivos, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional – que não se compatibilizam com o excesso de trabalho –, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora (PORTO, 2009, p. 73-74)

De acordo com a juíza, quando a Constituição prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho através das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), também empresta maior projeção ao tema da duração da jornada, deixando evidente o caráter de saúde pública, para além, portanto, das questões estritamente econômicas.

Alessandro Severino Vallér Zenni (2006, p. 130) destaca a relevância do tema “jornada de trabalho” ao ponto de ter ganhado espaço na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, art. XXIV, onde se prevê que todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Além dos fatores fisiológicos apontados, Sônia C. Mascaro Nascimento, em dissertação intitulada Flexibilização do Horário de Trabalho trazida na obra de NASCIMENTO (2013b, p. 283-285), aponta como outro fator das reduções dos horários de trabalho as mudanças na economia, que, voltada para o setor de serviços, traz como tendência o desenvolvimento dos institutos da compensação de horas; horário móvel e flexível; a redução da jornada de trabalho; o teletrabalho; o trabalho a tempo parcial; e o trabalho socialmente útil.

A autora cita a França como exemplo, onde, com o objetivo de melhorar a distribuição dos empregos, reduziu-se o tempo de trabalho, com a

correspondente redução dos salários. O resultado foi a Lei n. 2.000/37, fixando a jornada semanal de trabalho em 35 horas semanais como média. Na Itália, houve a redução da jornada semanal para 40 horas, acompanhada do incentivo aos contratos de trabalho a tempo parcial.

A nova forma de organização do horário de trabalho no Brasil foi instituída pela Medida Provisória n. 1.709/98 e suas reedições, responsáveis pela introdução do novo art. 58-A na CLT, o trabalho a tempo parcial, aquele desenvolvido em regime de jornada semanal inferior a 25 horas. [...] Outra figura inovadora é a da compensação de horas. [...] O fim dos horários de trabalho rígidos e a consequente flexibilização dos mesmos possui um grande número de fatores. Dentre estes podemos destacar a necessidade que as empresas modernas têm, de modo imperativo, de atualizar o potencial das decisões estratégicas, capitalizando a grande mobilidade adaptativa e ao mesmo tempo integrando rapidamente todos os elementos envolvidos no processo de produção (NASCIMENTO, 2013b, P. 284).

Devido às transformações econômicas e sociais, portanto, apontam os autores para a tendência de flexibilização dos horários de trabalho.

### 3.3 JORNADA DE TRABALHO E LEGISLAÇÃO

A jornada de trabalho é classificada pela doutrina quanto à duração, ao período, à profissão e à flexibilidade.

Quanto à duração ela pode ser: normal ou extraordinária. Sendo que é considerada normal, conforme explica Sergio Pinto Martins (2008, p. 481), a jornada de oito horas diárias – respeitado o limite semanal de 44 horas, podendo, no entanto, haver previsão legal ou convencional estipulando outros limites mais benéficos ao trabalhador. A jornada extraordinária, também chamada de suplementar, refere-se às horas que excederem os limites legais, como as que suplantarem as oito horas diárias e 44 semanais.

Quanto ao período, a jornada pode ser diurna ou noturna. Sendo diurna a jornada compreendida entre as 5 e as 22 horas e noturna a compreendida entre o lapso entre as 22 e as 5 horas. Pode ainda ser mista, compreendendo parte do período diurno e parte do período noturno. O trabalhador rural tem critério diferente, para os trabalhadores da lavoura, considera-se noturno o trabalho executado entre as 21 horas de um dia e 5

horas do dia seguinte, e para os trabalhadores da pecuária, entre as 20 horas de um dia e 4 horas do dia seguinte (MARTINS, 2008, p. 481).

Quanto à profissão, o direito brasileiro trouxe diferenças na jornada de alguns trabalhadores, como por exemplo: o bancário, com jornada de seis horas diárias estipulada pelo art. 224 da CLT; a telefonista, que tem jornada de seis horas diárias ou 36 horas semanais (art. 227 da CLT); o fisioterapeuta e o terapeuta ocupacional, com duração máxima semanal de 30 horas; dentre outras categorias especiais a qual a legislação estipulou limite diverso (MARTINS, 2008, p. 481).

Tem ainda a classificação trazida pela doutrina quanto à flexibilidade, porém, conforme destaca Martins, a legislação brasileira não trata do tema, deixando para a doutrina e jurisprudência o debate sobre a possibilidade de flexibilização ou não das normas.

A jornada de trabalho está disciplinada na Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, incisos XIII, XIV, XVI e XXXIII.

O art. 7º, XIII estipula a duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Nascimento (2013b, p. 276) ressalta, porém, que jornadas menores podem ser fixadas, pela lei, convenções coletivas, regulamento de empresa, contrato individual ou até mesmo usos e costumes. Jornadas maiores, todavia são ilegais.

O inciso XIV do mesmo art. 7º da Constituição Federal estipula a jornada normal de 6 horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento<sup>3</sup>, salvo negociação coletiva.

O inciso XVI prevê a elevação do adicional de horas extraordinárias para 50% no mínimo.

E no inciso XXXIII do art. 7º a Carta Magna proíbe o trabalho noturno para os menores de 18 anos de idade.

---

<sup>3</sup> Em revezamento é a jornada na qual os turnos de trabalho não são fixados num mesmo período, alternando-se por períodos diferentes, conforme Nascimento (2013, p. 276).

A legislação sobre jornada de trabalho é bastante ampla, com normas regulamentando as diferentes possibilidades de prestação de serviço, como: em regime de tempo parcial, em regime de escala de revezamento, jornadas de trabalho especiais, prorrogação e compensação da jornada, etc. Longe de pretender esgotar a temática, que se mostra bastante extensa nas obras de Direito do Trabalho, detemo-nos ao regime de sobreaviso, sobre o qual nos debruçamos no próximo ponto.

### **3.3.1 O regime de sobreaviso**

Referente à duração do trabalho, um instituto que tem deixado margem para divergentes discussões é o regime de sobreaviso, entendido este como o tempo em que o empregado, mesmo estando de folga, fica obrigado a atender a eventuais chamados da empresa, tendo ainda de declinar os sítios em que poderá se encontrado ou informar como poderá ser convocado para o serviço.

José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona (2000, p. 478) definem sobreaviso como o “regime de trabalho pelo qual o empregado se mantém à disposição do empregador, em sua própria residência, obrigando-se a atender à chamada para efetiva prestação de serviço a qualquer momento da jornada ajustada”.

Tal instituto está previsto na CLT apenas quanto ao trabalhador ferroviário. Por analogia, porém, entende-se que se aplica tal regime nas outras profissões. A esse respeito, Eduardo Gabriel Saad, ao comentar a legislação trabalhista tece algumas críticas:

Esta Consolidação só disciplinou o sobreaviso no trabalho ferroviário. Não se deu conta de que, hoje, há numerosas empresas que, pela natureza de suas atividades, ou pelo importante papel que têm na vida comunitária, precisam conservar muitos de seus empregados em regime de sobreaviso para fazer face a uma emergência ou a um imprevisto (SAAD, 2009, p. 406).

Para Saad, a jurisprudência ainda não está sedimentada a esse respeito e, em doutrina, a discussão permanece acesa. O autor explica que três são as correntes formadas diante da questão: uma, entende que, na

hipótese, o empregado não tem direito a qualquer sobre-salário, porque não presta serviços e goza da maior liberdade no uso da folga; a segunda, diametralmente oposta à primeira, pensa que o empregado deve receber integral remuneração pelo tempo de sobreaviso, acrescida do adicional legal porque, estando à disposição da empresa, faz jus ao salário; a última, e à qual o autor filia-se, por 'analogia legis', estende, à hipótese, a norma legal relativa ao sobreaviso ferroviário (2009, p. 406).

Na CLT, o regime de sobreaviso está previsto no art. 244, porém, tal artigo refere-se exclusivamente aos ferroviários.

Art. 244 – As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada. [...] §2º - Considera-se de “sobre-aviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobre-aviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de “sobre-aviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal (BRASIL, 2013).

O juiz federal do trabalho da 2ª região, Francisco Milton Araújo Júnior considera que as necessidades sociais atuais proporcionaram a ampliação do instituto do sobreaviso às categorias de trabalhadores estranhas aos serviços ferroviários.

Ao analisar o tema sob a perspectiva de Hans Kelsen, Francisco Milton Araújo Júnior (2009, p. 39) afirma que, segundo a teoria pura do direito de Kelsen, em não existindo lacunas no direito, as normas dos trabalhadores ferroviários no que diz respeito ao regime de sobreaviso são perfeitamente extensíveis aos outros setores.

Considerando que a teoria kelseniana expressamente reconhece que, no direito positivo, não existem lacunas, verifica-se que o intérprete, seguindo essa linha de raciocínio, deve estender, de forma analógica, os parâmetros fixados aos trabalhadores do setor ferroviário no § 2º do art. 244 da CLT para os demais trabalhadores em razão da inexistência de outra disposição legal que possa ser aplicada genericamente em todas as relações de trabalho (ARAÚJO JUNIOR, 2009, p. 39).

Na prática, a hora de sobreaviso, que era aplicada exclusivamente aos ferroviários, acabou sendo estendida a outros tipos de empregados (MARTINS, 2008, p 514).

Analisando o Texto Legal, pode-se, didaticamente, ressaltar os seguintes aspectos: o § 2º do art. 244 da CLT encontra-se localizado na seção que trata do serviço ferroviário, sendo estendida analogicamente aos demais trabalhadores em razão da inexistência de outra disposição legal que possa ser aplicada genericamente em todas as relações de trabalho; a percepção do sobreaviso pressupõe a limitação do direito do empregado de livre dispor do seu tempo de descanso, haja vista que inclusive faz referência à permanência do trabalhador em sua residência, aguardando a qualquer momento o chamado para desempenho das atividades laborais; a existência de escalas de sobreaviso, observando o período máximo de 24 horas; o trabalhador submetido ao sobreaviso é remunerado mediante a percepção de 1/3 do salário normal, considerando o tempo em que se encontra à disposição do empregador (ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p. 31)

Além disso, o autor em voga destaca que essa ampliação do instituto do sobreaviso às categorias de trabalhadores estranhas aos serviços ferroviários deveu-se também às necessidades sociais, tendo em vista, por exemplo, sua aplicação na área da saúde,

[...] na qual a equipe de clínica geral fica no atendimento normal durante os plantões noturnos, finais de semana e feriados, e as equipes especializadas em cirurgias e exames específicos são mantidas de sobreaviso para atenderem quando necessário” na área de logística, na qual a equipe de entrega e armazenamento de produtos, especialmente perecíveis, realiza seus serviços por meio de escalas, inclusive em horários noturnos, finais de semana e feriados, e outra equipe fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; na área de segurança (pública e privada), na qual a equipe realiza seus serviços por meio de escalas, inclusive em horários noturnos, finais de semana e feriados, e outra equipe fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; no âmbito do Judiciário, em que são designados magistrados e servidores para ficarem à disposição do jurisdicionado para realizarem seus serviços por meio de escalas durante o horário noturno, finais de semana e feriados, e outra equipe de magistrados e servidores fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; dentre inúmeras outras áreas de atuação em que as complexidades das relações sociais vêm tornando necessária a aplicação do sobreaviso (ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p. 32).

Com as seguintes transformações na sociedade que se dão de uma forma assustadoramente rápida, o direito também precisa estar em constante transformação, a fim de adequar-se ao meio. Caso contrário, torna-se obsoleto. Porém, essa transformação e adequação das normas legais devem dar-se de forma cuidadosa, para não ferir o aspecto democrático alcançado.

Outro tema polêmico quanto ao regime de sobreaviso é ainda mais recente. Face às inovações que a Terceira Revolução trouxe às tecnologias de informação e comunicação, discute-se qual tratamento jurídico deve ser dado ao empregado que, fora do local de trabalho, permanece com o celular ligado a espera de um possível chamado do empregador. Nesse debate, a Desembargadora Federal do Trabalho do TRT da 21ª Região, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, destaca ser importante que o direito do trabalho se atualize frente às modificações sociais.

As inovações que a Terceira Revolução traz às tecnologias de informação e comunicação resultam em transformação dos conceitos de tempo e o espaço, pela destruição da coincidência entre ambos e da primazia de que gozava o espaço. A possibilidade das relações entre pessoas fisicamente distantes da interação face a face modifica esses elementos como base para a realização da atividade social (CASTRO, 2012, p. 199).

Em razão da evolução dos meios de comunicação, o empregado tanto pode ser chamado pelo telefone ou pelo telégrafo (como ocorria nas estradas de ferro), como também por BIP, pagers, laptop ligado à empresa, telefone celular etc. O Direito do Trabalho passa, assim, a ter de enfrentar essas novas situações para considerar se o empregado está ou não à disposição do empregador, principalmente quanto à liberdade de locomoção do obreiro. Ponto que abordaremos no próximo capítulo.



## **4 FORMAS DE CARACTERIZAÇÃO DO REGIME DE SOBREAVISO: UMA ANÁLISE FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA APÓS A REEDIÇÃO DA SÚMULA 428 DO TST**

### **4.1 O AVANÇO DA TECNOLOGIA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Já ressaltamos que a Revolução Industrial foi fundamental para o surgimento do Direito do Trabalho. Porém, tal revolução, conhecida por muitos como Revolução Tecnológica, foi responsável também por grandes modificações nas relações e formas de prestação de trabalho. Com isso, influenciou e continua influenciando todo o arcabouço jurídico trabalhista, que hoje ainda tenta moldar-se às novas tecnologias.

Com a introdução das máquinas no processo produtivo, o trabalho foi ganhando nova forma.

Até a Revolução o homem havia, paulatinamente, aperfeiçoado instrumentos que amplificavam a sua força muscular ou ampliavam suas habilidades. A introdução da máquina, porém, permitiu não somente a realização do trabalho em escala e velocidade muito maiores, como a substituição do homem no trabalho físico direto. Em consequência, a máquina passou a ser o elemento técnico central do processo produtivo. A mudança da manufatura artesanal para a fábrica implicou em profundas alterações, principalmente com a desvalorização da habilidade manual do artesão, a destruição das relações sociais da produção até então vigentes e o rompimento com a tradição. (LONGO, 1989, p. 5).

A Inglaterra foi o berço das transformações, que tiveram como marco inicial a criação e aperfeiçoamento da máquina a vapor e sua aplicação na indústria têxtil, entre 1712 e 1769. Em 1782, o acionamento por máquinas a vapor já havia se generalizado em outros ramos industriais (LONGO, 1989, p. 06).

Mas foi somente em fins do século XIX que a tecnologia começou a fazer uso significativo da ciência, quando, crescentemente, máquinas, processos e produtos começaram a surgir a partir dos avanços do conhecimento científico. O mundo passava pela Segunda fase da Revolução

Industrial, conhecida como Segunda Revolução Tecnológica. “A partir daí, a produção de tecnologias, através do uso sistemático e premeditado do método e descobertas da pesquisa científica, ganhou corpo e, paulatinamente, estendeu-se para todos os ramos de atividades, tornando-se parte do processo industrial” (LONGO, 1989, p. 07).

Para Gorender, o último terço do século XX trouxe novas e importantes transformações para o sistema capitalista mundial, reforçando ainda mais a essência desse modo produção. O nome dado para tal fenômeno foi globalização, e a época ficou conhecida como Terceira Revolução Industrial. As maiores transformações foram quanto à informática e às telecomunicações. “Seus efeitos são observados na organização das empresas, nos métodos de produção, nas relações de trabalho e na política financeira dos governos” (GORENDER, 1997, p.311).

Para Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro (2012, p. 109-201), desembargadora Federal do Trabalho, esse avanço da tecnologia tem intensa repercussão nas relações de trabalho. As inovações que a Terceira Revolução trouxe às tecnologias de informação e comunicação “resultaram em transformação dos conceitos de tempo e espaço, pela destruição da coincidência entre ambos e da primazia de que gozava o espaço.” Segundo a desembargadora, a possibilidade das relações entre pessoas fisicamente distantes da interação face a face modifica esses elementos como base para a realização da atividade social.

A terceira Revolução Industrial se baseia na automação com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação o que para Toffler corresponde a uma nova fase que denomina de terceira onda. [...] As novas tecnologias possibilitam novas formas de trabalho e uma nova organização para empresa, cujos trabalhadores podem estar, ou não, no ambiente de trabalho (CASTRO, 2012, p. 201).

De acordo com a desembargadora, com a utilização dessas novas tecnologias na execução do trabalho, surgiu o teletrabalho, trazendo consigo uma dilatação do tempo de trabalho, tendo em vista possibilitar ao empregador intensificar a demanda do serviço e, conseqüentemente, estimular o empregado a prosseguir na sua tarefa além do limite da jornada, fragilizando,

assim, os limites entre tempo de trabalho e tempo social (CASTRO, 2012, p. 203). “A percepção de tempo de trabalho é afetada nas novas relações trabalhistas em razão de que a regulamentação do tempo de trabalho vai além do sentido quantitativo passando a destacar seu sentido qualitativo” (2012, p. 199).

Com essa nova ordem, modifica-se também a subordinação que já não é mais apenas direta e imediata. [...] o avanço das telecomunicações, via telefone celular ou telefax, institui uma *telesubordinação* que não se compara ao trabalho a domicílio do início da industrialização, pois os modernos equipamentos permitem a conexão permanente do trabalhador à empresa (CASTRO, 2012, p. 204).

Para Castro, o legislador, ao tomar conta dessas transformações, alterou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo a equiparação dos meios telemáticos e informatizados aos meios pessoais e diretos, como formas de comando, controle e supervisão para os efeitos jurídicos da subordinação, sendo considerados, portanto, caracterizadores da relação de emprego.

Em razão disso, passou-se a verificar o entendimento de que o período em que o empregado está sujeito ao comando, controle e supervisão, por meios telemáticos ou informatizados, portando dispositivos móveis da empresa, instrumentos telemáticos ou informatizados (como telefone celular), deve ser remunerado como horas de sobreaviso (se o trabalhador ficar de plantão, aguardando ser chamado), ou mesmo como horas extras (se o trabalhador estiver laborando a distância, com a utilização dos recursos tecnológicos mencionados) (GARCIA, 2013b, p. 17).

A alteração do artigo 6º da CLT, com o acréscimo do parágrafo único através da Lei nº 12.551/2011 repercutiu na Súmula 428 do TST, levando à sua alteração (GARCIA, 2013b, p. 15).

Eduardo Gabriel Saad, em 2009, ao comentar a CLT dizia que:

A jurisprudência trabalhista tem-se inclinado a negar o sobreaviso – mencionado no art. 244 desta CLT – ao empregado ligado à empresa por meio do telefone celular, porque, no caso, não é obrigado a permanecer em sua residência e, também, porque não é o empregado tolhido em sua liberdade de locomoção. Essa jurisprudência encontrou sua origem, por certo, na questão relativa ao ‘BIP’, que é tratada na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SDI-1, do TST: “Horas extras. Uso do BIP. Não caracterizado o ‘sobreaviso’. O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em

sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço” (SAAD, 2009, p. 70).

Para Saad (2009, p. 70), há, na hipótese, uma limitação de movimento do empregado, porque este deverá estar, sempre, a uma distância da empresa que lhe permita atender, com presteza, a uma ordem do empregador. O autor entendia desde então que se caracteriza tempo à disposição do empregador aquele em que o empregado deve aguardar instruções por meio de equipamento eletrônico, a menos que as partes tenham pactuado diversamente.

Na mesma esteira encontra-se Sérgio Pinto Martins (2008, p. 514) que preleciona que o fato de o empregado poder ser chamado a qualquer momento, faz com que ele fique em estado de expectativa durante seu descanso, não podendo assumir compromissos, pois pode ser chamado de imediato, comprometendo os afazeres familiares, pessoais ou até seu lazer.

Para Sússekind (2002b, p. 800), configurado estará o regime de sobreaviso se o empregado, em virtude de ajuste com o empregador, obrigar-se a permanecer em determinado local, a fim de atender rapidamente a eventual convocação para o trabalho.

Sobre o assunto, o TST já se manifestou em diversas ocasiões, como ao editar a OJ 49 da SDI-1 onde falava sobre uso do BIP. Quando a Orientação Jurisprudencial foi editada, em 1995, limitava-se a dizer que o uso do bip não caracterizava o regime de sobreaviso. Em 2005, houve alteração da OJ, passando a considerar que o uso do aparelho, por si só não caracterizava o regime de sobreaviso, precisando que ficasse demonstrada a necessidade de o trabalhador ficar em casa esperando o chamado.

49. HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO O "SOBREAVISO". (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 428 do TST) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. Histórico: Inserido dispositivo - DJ 20.04.2005 Redação original - Inserida em 01.02.1995 49.Horas extras. Uso do bip. Não caracterizado o "sobreaviso" (BRASIL, 2005).

Em maio de 2011 a OJ foi cancelada em razão da sua transformação na Súmula 428 do TST. Assim previa a redação original, dada pela Resolução 174/2011, divulgado em 27, 30 e 31 de maio de 2011:

Redação original – - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Nº 428 Sobreaviso (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-1) O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

Ao final de 2012 o TST alterou novamente a redação do dispositivo, ampliando o alcance do regime de sobreaviso. Apesar de continuar prevendo que o uso de instrumentos telemáticos por si só não caracteriza o sobreaviso, passou a considerar inserido no regime o trabalhador que estiver submetido ao controle patronal por tais instrumentos, aguardando a qualquer momento o chamado para um serviço, mesmo que durante o descanso.

Súmula nº 428 do TST. SOBREAviso APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. 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 (BRASIL, 2012).

Percebe-se que nada mais se faz menção à necessidade de que o empregador aguarde o chamado em sua residência para que fique configurado o sobreaviso. “A grande mudança nessa Súmula é que não é mais necessário que o empregado permaneça em casa para que se caracterize o sobreaviso, basta o ‘estado de disponibilidade’, em regime de plantão, para que tenha direito ao benefício” (BRASIL, 2012a).

Em posição contrária ao antigo entendimento dos Tribunais e, portanto, à antiga redação da Súmula 428 do TST, Alice Monteiro de Barros ressalta entender razoável a aplicação do dispositivo que prevê o sobreaviso para os ferroviários, art. 244, §2º da CLT, a outros trabalhadores por analogia, bem como a ampliação do sobreaviso ao tratar-se de tecnologias móveis.

Como é sabido, os empregados portadores desse aparelho têm sua locomoção restrita aos limites do raio de ação do bipe que portam. Logo, a expectativa de virem a ser solicitados cerceia-lhes a liberdade, mantendo-os psicologicamente ligados à atribuição funcional e, em contrapartida, o bipe proporciona ao empregador segurança no resguardo de seus interesses. Raciocínio semelhante adotamos para os portadores de telefones celulares ou outros aparelhos semelhantes, que não poderão se deslocar para grandes distâncias, dada a iminência de serem convocados, a qualquer hora, inclusive em dias destinados ao descanso (BARROS, 2011, p. 531).

Na mesma linha segue a desembargadora Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro (2012, p. 203), quando afirma que se fragilizam os limites entre tempo de trabalho e tempo social, dedicado pelo empregado ao seu bem-estar, à sua família, ao seu lazer e ao seu repouso.

Vê-se claramente que está instaurado o debate sobre o tratamento jurídico do tempo em que o empregado está em casa, no seu período de descanso, mas ligado aos aparelhos telemáticos que possibilitam o seu chamado pelo empregador a qualquer momento. Sobre as posições contrárias nesse debate, Maurício Godinho Delgado (2008, p. 846-847) afirma que ambas giram em torno da liberdade pessoal do trabalhador.

Em favor do reconhecimento do tempo de sobreaviso, é argumentado que ocorre uma colocação automática do trabalhador em relativa disponibilidade perante o empregador, contingenciando sua liberdade. Em contrário, é sustentado que a exigibilidade da permanência do trabalhador em casa foi suplantada pelo avanço tecnológico, permitindo o livre deslocamento, desde que respeitada certa distância geográfica, não havendo significativo contingenciamento de sua disponibilidade pessoal (CASTRO, 2012, p. 205).

Como dito anteriormente, conforme as formas de prestação de serviço mudam, o direito acompanha, ou deveria acompanhar.

Com a discussão sobre a prestação do trabalho através de aparelhos telemáticos, fala-se hoje no direito à desconexão, que visa estabelecer a ruptura entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso ou lazer. “Esse direito consiste em assegurar ao trabalhador não ficar sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do empregador, no período destinado ao descanso diário, semanal ou anual, desligando o equipamento de conexão” (CATRO, 2012, p. 203).

Com as alterações na Orientação Jurisprudencial, bem como, em seguida, na Súmula 428 do TST, a jurisprudência seguiu diferentes rumos. Antes, negando todo e qualquer pedido de caracterização de sobreaviso quando o empregado não demonstrasse que efetivamente aguardava em casa os chamados. Próximo a setembro de 2012, quando a súmula foi reeditada, o entendimento já se modificava, passando os Tribunais a conceder a verba de sobreaviso aos trabalhadores que demonstrassem que ficavam ligados à empresa, mesmo que por diferentes meios de comunicação.

Porém, a jurisprudência ainda diverge sobre a aplicação ou não do regime de sobreaviso a partir do uso dessas novas tecnologias. Apesar da edição da Súmula 428 do TST, no final de 2012, que visava colocar um ponto final na discussão, as divergências continuam. Conforme demonstramos no próximo capítulo.

#### 4.2 A APLICAÇÃO DA SÚMULA 428 DO TST PELO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO PARA A CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DO REGIME DE SOBREAVISO ATRAVÉS DO USO DE APARELHOS TELEMÁTICOS

A Súmula 428 do TST sofreu alteração em 14 de setembro de 2012, através da Resolução 185/2012, mudando os rumos dos julgados no que tange ao regime do sobreaviso através do uso de tecnologias móveis. A pretensão do Tribunal Superior do Trabalho era de que fosse reconhecido o sobreaviso para o empregado que, em período de descanso, fosse escalado para aguardar ser chamado por celular, a qualquer momento. É o que se percebe por meio da leitura da notícia publicada no site do Tribunal em 17 de setembro de 2012:

Empregado que, em período de descanso, for escalado para aguardar ser chamado por celular, a qualquer momento, para trabalhar, está em regime de sobreaviso. Nova redação da Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata do regime de sobreaviso, com esse novo entendimento, foi aprovada na última sexta-feira (14). [...] A grande mudança nessa Súmula é que não é mais necessário que o empregado permaneça em casa para que se caracterize o sobreaviso, basta o "estado de disponibilidade", em

regime de plantão, para que tenha direito ao benefício (BRASIL, 2012a).

Pela redação original, o sobreaviso só era reconhecido se o trabalhador permanecesse em casa, durante o regime de plantão, aguardando o chamado do empregador. Para caracterizar, portanto, era considerado o fator espaço, conforme percebemos pela antiga redação da Súmula:

[...] Redação original – - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 N° 428 Sobreaviso (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-1) O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço (BRASIL, 2012).

Importante se faz ressaltar a forma como a pesquisa jurisprudencial foi realizada. Levando-se em conta que antes de setembro de 2012, os acórdãos costumavam citar a OJ 49 da SDI para a análise do sobreaviso, utilizou-se as seguintes palavras chaves: “sobreaviso ‘OJ 49’” e “sobreaviso ‘Súmula 428’”. Foram encontrados 64 acórdãos em Recursos Ordinários que tratavam sobre a temática, sobre os quais passamos a realizar análise.

Antes da reedição da Súmula, em setembro de 2012, apenas três julgados foram encontrados no sentido de recepcionar o pedido dos autores (trabalhadores) quanto à caracterização do sobreaviso quando não ficava demonstrada a necessidade de que o empregado permanecesse em casa. A OJ 49, da SDI-1 e, mais tarde, a redação original da Súmula 428 eram aplicadas ao pé da letra, só concedendo os direitos ao sobreaviso ao trabalhador que comprovasse que esperava o chamado da empresa em sua residência. Após a reedição da Súmula 428, a jurisprudência já não se mostra mais tão unânime, sendo que a análise sobre a liberdade de locomoção do trabalhador passou a ser feita casuisticamente, independentemente do local em que o empregado esperava o chamado do patrão. Outros aspectos passaram a influir nas decisões.



#### **4.2.1 A jurisprudência do TRT da 12ª Região anterior à reedição da Súmula 428 do TST**

Como já dito, a jurisprudência anterior à reedição da Súmula, ou seja, anterior a setembro de 2012, é quase unânime no sentido de não conceder regime de sobreaviso aos trabalhadores que não esperassem o chamado em suas residências. Há, porém, raríssimas exceções, que se apresentam ou devido a Acordos Coletivos de Trabalho prevendo a aplicação do regime de sobreaviso mesmo que pelo uso do celular, ou em data próxima a setembro de 2012, quando a linha jurisprudencial já começava a se redesenhar, mostrando uma necessidade de readequação da norma.

Importante frisar que a jurisprudência que se propôs analisar é bastante extensa no que tange ao número de julgados, assim, a presente análise restringe-se aos acórdãos do TRT-12 proferidos em Recurso Ordinário a partir de 2010.

Anterior a reedição da Súmula, foram encontrados trinta e um acórdãos. Em apenas três deles o Tribunal considerou caracterizado o sobreaviso, sendo que em dois destes, o regime de sobreaviso só restou caracterizado devido ao fato de haver Acordo Coletivo de Trabalho versando sobre o tema. Assim, fica claro o posicionamento adotado, a fim de seguir na literalidade o que previa a OJ 49.

Em artigo publicado na Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, Pollyana Silva Guimarães ressalta essa tendência:

Embora seja observado que o uso das novas tecnologias, principalmente das de informação e comunicação, não descaracteriza o instituto do sobreaviso [...] o entendimento jurisprudencial, majoritário, no país, até o final do ano de 2012, era completamente o oposto. Os tribunais, mormente em razão de interpretação aplicada ao entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, consistente na antiga redação da Súmula 428, a qual vigeu até 14 de setembro de 2012, presos a um conceito defasado do instituto do sobreaviso ligado ao período da primeira Revolução Industrial, fundamentavam a não aplicação do sobreaviso “principalmente no fato de não haver restrição de locomoção do empregado, quando este pudesse ser convocado por meio de BIP, pager ou celular, considerando a inexistência de necessidade de o empregado permanecer em sua residência (GUIMARÃES, 2013, p. 34).

A autora chama atenção para a tendência “conservadora e equivocada” dos tribunais pátrios de interpretar o dispositivo celetista em prejuízo ao trabalhador (GUIMARÃES, 2013, p. 34).

A decisão no RO 00693-2009-008-12-00-2, Recurso Ordinário proveniente da Vara do Trabalho de Concórdia, SC, bem demonstra o posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região nesse sentido. No processo em primeiro grau (RT 00693-2009-008-12-00-2), que teve início em maio de 2009, o autor pleiteava dentre outras parcelas, o adicional de sobreaviso.

Assim foi o relatório da magistrada:

Alega o reclamante que se enquadra na hipótese descrita no § 2º do art. 244 da CLT, uma vez que exercia a função de zelador e morava em casa próxima ao prédio onde se localizava a sede da reclamada, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Em contrapartida, a reclamada alega que não havia determinação ou exigência para o reclamante permanecer em sua residência aguardando ser chamado para o serviço, não se enquadrando sua conduta no que prevê o art. 244, § 2º da CLT. Rejeito o pedido. Para fazer jus ao pagamento de horas de sobreaviso, o trabalhador precisa demonstrar que permanece em sua residência, sem poder se ausentar, aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. De acordo com a OJ 49 do TST, o uso de bip não caracteriza sobreaviso, cuja caracterização depende que o empregado permaneça em sua residência aguardando, a qualquer momento, chamada para o serviço, demonstrando restrição à liberdade de locomoção do empregado. Semelhante entendimento deve ser aplicado ao uso do aparelho celular (SANTA CATARINA, 2014a).

Em exame ao julgado, percebe-se que a discussão sobre a caracterização ou não do regime de sobreaviso resumiu-se na análise sobre a permanência do trabalhador em sua residência. Seguindo a linha da OJ 49, a magistrada rejeitou o pedido do autor.

Em 06 de dezembro de 2010, o autor interpôs Recurso Ordinário.

Assim foi o relatório:

Alega em suas razões de recurso que é devido o pagamento de horas de sobreaviso, uma vez que restou comprovado nos autos que permanecia em sua casa à disposição da ré, aguardando convocação para a realização de serviços. Acrescenta que o fato de o empregado residir dentro do campus da universidade reforça a tese de estar sempre disponível quando houver demanda de serviços. [...] Pleiteia o autor o pagamento de horas de sobreaviso, ao argumento de que exercia a função de zelador, sendo que restou comprovado nos autos que permanecia em sua casa à disposição da ré, [...] O pedido foi

indeferido por se entender aplicável o disposto na OJ n. 49 da SBDI-1 do TST. Não merece reparos o julgado (SANTA CATARINA, 2014a).

Em conclusão, o acórdão decidiu pela manutenção da sentença de primeiro grau:

Pleiteia o autor o pagamento de horas de sobreaviso, ao argumento de que exercia a função de zelador, sendo que restou comprovado nos autos que permanecia em sua casa à disposição da ré, aguardando convocação para a realização de serviços. Acrescenta que o fato de o empregado residir dentro do campus da universidade reforça a tese de estar sempre disponível quando houver demanda de serviços. O pedido foi indeferido por se entender aplicável o disposto na OJ n. 49 da SBDI-1 do TST. Não merece reparos o julgado. Logo, diante da inexistência de elementos, não há como se formar a convicção de que o autor tinha a obrigação de permanecer em sua residência, ao ponto de demonstrar restrição à liberdade de locomoção. Nego provimento ao recurso nesse item (SANTA CATARINA, 2014a).

Percebe-se que o fato do autor da ação não ter demonstrado a necessidade de permanecer em sua casa, bastou para descaracterizar o instituto. A interpretação dada à época (dezembro de 2010) era de que as tecnologias móveis não eram suficientes para tolher a liberdade do trabalhador, que poderia deslocar-se livremente, desde que portasse um celular ou um aparelho que permitisse a empresa localizá-lo e chamá-lo para eventual serviço.

Outro julgado que bem demonstra o entendimento do Egrégio Tribunal é o acórdão proferido no RO 07008-2009-036-12-00-8, onde o autor pleiteava o sobreaviso.

**SOBREAVISO. CARACTERIZAÇÃO.** Para que reste caracterizado o regime de sobreaviso, faz-se necessária a comprovação do efetivo cerceamento do direito de locomoção do empregado, traduzindo-se na sua permanência à disposição do empregador nas horas destinadas ao descanso e lazer. (SANTA CATARINA, 2014b).

O autor pugnava a reforma da sentença no tocante às horas de sobreaviso indeferidas, afirmando que a ré precisava de assistência técnica vinte e quatro horas por dia, e para tanto, fornecia aparelho celular aos técnicos, por meio do qual eram contatados. O autor ressaltava ainda que o desligamento do celular era considerado falta grave, o que evidenciava o comprometimento da fruição de seus períodos de descanso.

No tocante ao sobreaviso, salienta que o direito encontra-se garantido pelos ACTs firmados, que preveem o pagamento correspondente a 40% da hora normal. Assevera que era responsável técnico pela manutenção das linhas telefônicas da reclamada, podendo ser acionado a qualquer momento. Ressalta que a empresa fornece telefone celular, e que, caso o aparelho fosse desligado ou não atendido, poderia ser penalizado o trabalhador (SANTA CATARINA, 2014b).

Em análise ao mérito, o relator explica que, apesar de haver Acordo Coletivo de Trabalho prevendo o pagamento de 40% da hora normal para o período de sobreaviso, não há, no presente caso, falar em sobreaviso, pois não houve cerceamento à liberdade de locomoção.

Novamente, carece de razão. Para que reste caracterizado o regime de sobreaviso, faz-se necessária a comprovação do efetivo cerceamento do direito de locomoção do empregado, traduzindo-se na sua permanência à disposição do empregador nas horas destinadas ao descanso e lazer. O regime de sobreaviso exige, portanto, a obrigatoriedade de o empregado permanecer em local determinado onde possa ser facilmente encontrado para as convocações de serviços e esteja disponível para atendê-las. O fato de o autor ficar de posse de um telefone celular, por si só, não tem o condão de comprovar a exigência de que ele permanecesse em sua casa, aguardando eventual chamado. A utilização de telefone móvel para o atendimento aos chamados permite presumir que o obreiro não tinha tolhida a sua liberdade de locomoção. [...] O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. (SANTA CATARINA, 2014b).

Da leitura do presente acórdão, percebe-se que a jurisprudência ao analisar o sobreaviso, tendia a verificar apenas quanto ao local onde o obreiro deveria aguardar o chamado. Caso não houvesse local pactuado para que o trabalhador aguardasse um possível chamado da empresa, podendo se locomover, desde que portasse um celular e atendesse prontamente, o sobreaviso restava descaracterizado.

A interpretação dada pela jurisprudência vinha sendo criticada pela doutrina, pois conforme já ressaltado, parte dos doutrinadores, a exemplo de Alice Monteiro de Barros, defende que o simples fato de os empregados portarem os aparelhos de comunicação na expectativa de serem chamados a qualquer momento para o trabalho já cerceia a liberdade de locomoção destes, que ficam impedidos de deslocarem-se para grandes distâncias, dada a possibilidade de serem convocados a qualquer hora (BARROS, 2011, p. 531).

Em decisão proferida no RO 07359-2007-014-12-00-0, publicada em 18 de agosto de 2010, segue-se a mesma linha de decisão jurisprudencial, sempre rejeitando o pedido inicial dos autores, devido ao fato de não haver necessidade de o empregado permanecer em sua residência:

Analisando-se o caso sub judice, no que concerne ao uso de celular pelo autor, aplica-se a Orientação Jurisprudencial nº 49 da SDI-1 do TST, pela qual “o uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço”. Idêntico raciocínio serve para a hipótese de uso de telefone celular, uma vez que não há necessidade de o empregado permanecer em sua residência aguardando convocação da empresa, podendo dispor de seu tempo como bem entender. (SANTA CATARINA, 2014c).

No RO 09057-2007-036-12-00-3, de maio de 2010, a decisão de primeiro grau, que concedia o direito às verbas de sobreaviso ao trabalhador, foi reformada pelo Tribunal a fim de seguir a linha jurisprudencial adotada, que vinha repetidamente rejeitando os pedidos de sobreaviso.

O relator expõe que os argumentos da recorrente eram de que não foi inviabilizada a locomoção do recorrido durante o aguardo de eventual chamado para atendimento de emergências, “que o uso do celular descaracteriza o sobreaviso e que as constantes viagens do autor impediam que ele tivesse que ficar em sua residência aguardando os chamados”. O recurso foi provido, a fim de excluir a condenação *a quo* do pagamento de horas de sobreaviso.

Assim considerou o relator:

Para a percepção do sobreaviso, faz-se necessário que o trabalhador permaneça em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço (art. 244, § 2º, CLT). Esta hipótese, contudo, ficou provada que não ocorreu, pois o próprio autor reconheceu que no caso de não ser localizado, o que torna claro que isso ocorria, era chamado o empregado de nome Marcelo (SANTA CATARINA, 2014d).

Outro julgado em que houve decisão reformada a fim de não conceder o direito às horas de sobreaviso foi o RO 02217-2009-035-12-00-9 onde a recorrente pretendia a reforma do julgado a fim de que fosse excluída da condenação de horas de sobreaviso, alegando que o autor não precisava

permanecer em sua residência à disposição da empresa, conforme comprovado em prova oral.

A ré insurge-se contra a condenação ao pagamento das horas de sobreaviso. Alega que o fato de o autor ficar com o carro e o celular da empresa após o seu expediente não caracteriza o regime de sobreaviso, pois ele não precisava permanecer em sua residência à disposição da empresa, conforme comprovado pela prova oral (SANTA CATARINA, 2014e).

Na análise do mérito o relator ressalta que a prova oral demonstrou que o autor não tinha que permanecer em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço. Por confissão do autor, quando ficava de sobreaviso, levava o carro da empresa para casa, e se precisasse sair podia ausentar-se de casa, levando o celular.

Mais uma vez chama atenção que o que se levava em consideração antes de setembro de 2012 quando a Súmula foi reeditada era o aspecto espaço, ou seja, exigia-se que o empregado ficasse esperando o chamado em sua residência, pouco importando as possibilidades de locomoção trazidas com as novas tecnologias.

Porém, neste último julgado, fica comprovado através de testemunha da ré que o autor podia ausentar-se de casa e, caso não fosse encontrado, não havia qualquer punição.

Conforme já ressaltado, a doutrina vinha criticando essa linha seguida pelos Tribunais, a exemplo do TRT da 12ª Região, alegando que outros aspectos deveriam ser levados em conta para a caracterização ou não do sobreaviso. O simples fato de o empregado não precisar esperar pelo chamado em casa, não afastava o cerceamento da liberdade de locomoção.

Primeiramente, ao contrário do defendido por alguns juristas, já de se compreender que não é o conhecimento, por parte do empregador, do exato local em que se encontra o empregado e a permanência deste em referido local o fundamento da instituição do tempo de sobreaviso. O fundamento da instituição do sobreaviso, ou seja, a razão de sua criação, é a obrigação assumida, pelo empregado, de manter-se alerta, fora do horário de trabalho, de modo a estar pronto para o trabalho sempre e tão logo seja convocado (GIMARÃES, 2013, p. 29).

Araújo Júnior defende que a evolução tecnológica deve ser acompanhada pelo ordenamento jurídico vigente:

Destaca-se que a evolução tecnológica vem provocando profundas modificações no enquadramento do sobreaviso no ordenamento nacional, na medida em que, na época da elaboração da redação do § 2º do art. 244 da CLT (Decreto-lei n.5, de 04.04.1966), não se consideraram os avanços tecnológicos na área das comunicações referente à transmissão de voz e dados por aparelhos celulares, smartphones, notebooks, BIPs ou pagers, que passaram a facilitar a comunicação direta da empresa com o seu colaborador para atender às convocações de emergência (ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p. 32).

Um acórdão que chama atenção é o proferido no RO 0000820-73.2010.5.12.0013, que, contrariando toda a linha jurisprudencial adotada, inova, e parece abrir caminho a um novo entendimento que ganhou ainda mais força após setembro de 2012, com a nova redação dada à Súmula 428 do TST.

O recurso era proveniente da Vara do Trabalho de Caçador, SC, onde ambas as partes recorreram. Em primeira instância, o juiz negou o pedido do autor em condenação às verbas referentes ao sobreaviso. Conforme a seguinte decisão fundamentada:

O regime de sobreaviso, no entanto, por ser inerente à categoria dos ferroviários (art. 244, § 2º, da CLT), somente pode ser estendido, por analogia, aos trabalhadores que ficam impossibilitados de dispor de seu tempo livre, tendo limitada sua liberdade de locomoção para atender a eventuais chamadas patronais. Não é esse o caso dos autos, vez que a reclamante não era obrigada a ficar em sua residência para resolver os problemas do reclamado, desde que permanecesse acessível caso houvesse necessidade. Nesse sentido, OJ 49 da SDI-I do C. TST (SANTA CATARINA, 2014f).

Nas razões do recurso ordinário, a autora afirmava que, além da jornada extraordinária também precisava ficar em sua casa, de sobreaviso, nos finais de semana, aguardando telefonemas do réu para a resolução de problemas que apresentasse os caixas de auto-atendimento.

Para o relator, tem razão a insurgência da autora, visto que restou caracterizado que a mesma poderia ser chamada a qualquer momento, ainda que por aparelho celular:

Entendo que o direito não pode ser aplicado como houvesse sido gerado de forma hermética, sem qualquer relação com a vida em sociedade, com o progresso, com a evolução tecnológica, etc. Este é o caso do telefone celular, nextel e similares. Quando se pensou no sobreaviso, pretendeu-se contraprestar ao empregado a redução na sua liberdade de locomoção, para que estivesse, embora em casa, em condições de ser chamado, a qualquer tempo, pelo empregador. Deveria permanecer em casa porque não havia outro meio de contato naquela época, já que os telefones, quando da edição do art. 244, da

CLT, eram raríssimos. Hoje, graças à telefonia celular, o empregado não mais precisa permanecer em sua casa, para ser encontrado pelo empregador. Entretanto, não se pode afirmar que, estando de sobreaviso, portando o telefone celular ou tecnologia similar e sujeito a ser chamado, a qualquer tempo, pelo empregador, possa ter seu tempo equiparado ao do empregado que, não mais submetido ao jugo do empregador, pode dispor de seu tempo e de sua locomoção, ao seu bel prazer. O empregado em sobreaviso com celular não pode viajar e assumir compromissos, podendo se deslocar apenas na medida em que, não apenas não impeça que o sinal de telefonia o atinja, como, atendendo o chamado, possa chegar rapidamente ao local onde prestará seu serviço. Qualquer trabalhador obrigado a manter alguma conexão de comunicação torna-se sujeito, permanentemente, à convocação pelo empregador. Assim, não poderá ser equiparado aos que, não estando sujeitos a esta condição, possam, livremente, fora do horário de trabalho, viajar, exercer atividades esportivas etc, colocar-se em local onde o sinal de telefonia ou conexão não alcança (e quando se diz isto, por exemplo, se pode estar se referindo a um mero porão, determinados tipos de construção, o metrô, banhos de mar, etc.) (SANTA CATARINA, 2014f).

Conforme o acórdão, o não deferimento do sobreaviso constituiria enriquecimento ilícito do empregador, na medida em que a liberdade do empregado resta cerceada do mesmo modo, ainda que a telefonia lhe permita um raio de deslocamento superior àquele verificado no tempo em que deveria ser chamado pessoalmente, em sua casa, por inexistente tecnologia que fornecesse alternativa. Em dispositivo ainda argumenta o relator: “O direito não pode ignorar a realidade, ou a realidade se vingará, ignorando o direito”.

Por fim, o relator conclui que a demandante trabalhava em regime de sobreaviso, ficando adstrita, durante todo o período, a estar com o seu telefone celular ligado e dentro da área de cobertura, situação que a impedia de se desconectar do trabalho.

Assim, reformou-se a decisão de primeiro grau, julgando procedente o pedido da autora quanto às verbas do sobreaviso.

Tal julgado foi ao encontro do que já defendia boa parte da doutrina, de que a interpretação da Súmula 428 deveria ser dada caso a caso, independente do local onde o empregado aguardava o chamado, mas visando ampliar o instituto do sobreaviso para abranger os novos meios de comunicação e de subordinação.

Poucos meses após tal decisão, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 428, trazendo novas decisões aos Tribunais.



#### **4.2.2 A mudança jurisprudencial a partir de setembro de 2012, após a reedição da Súmula 428 do TST**

Foram analisados trinta e três acórdãos proferidos após setembro de 2012, em Recursos Ordinários, pelo TRT da 12ª Região. Vinte e um foram no sentido de não concessão das verbas referentes ao sobreaviso. Doze no sentido da caracterização do regime.

Com isso, o que se nota é que com a nova redação da Súmula, ampliou-se a abrangência do regime de sobreaviso. Fato que se deve ao entendimento, já antes defendido pela doutrina, de que as novas tecnologias deveriam ser consideradas casuisticamente na análise de tal instituto, o que se possibilitou fazer a partir da inclusão do item II na Súmula 428.

Assim, com a nova redação, apesar de a Súmula continuar prevendo que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracterizam o regime de sobreaviso, passou a prever que restaria caracterizado, caso o empregado, à distância ficasse submetido a controle patronal por tais instrumentos, quando estivesse em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado.

Com isso, a jurisprudência deixou de ser uníssona na não concessão do regime de sobreaviso, passando a conceder as verbas ao trabalhador que ficasse com o celular ligado esperando um possível chamado da empresa, a depender do caso concreto, desde que ficasse configurada a restrição da liberdade de locomoção.

No primeiro acórdão publicado após a reedição da Súmula, RO 0000268-44.2011.5.12.0023, de dezembro de 2012, o relator explica as mudanças ocorridas, ao entender caracterizado o sobreaviso:

Do texto sumular deflui que a caracterização de sobreaviso pressupõe o uso de aparelhos telemáticos ou informatizados por meio dos quais o empregador possa exercer algum controle sobre o trabalho do empregado ou que este permaneça à disposição daquele aguardando eventual chamado, mesmo que à distância, em seu período de descanso. Com a alteração da súmula acima mencionada, para caracterização do sobreaviso, não mais se exige a restrição de liberdade de locomoção do obreiro, sendo desnecessário que ele

permaneça em sua residência à disposição do empregador. (SANTA CATARINA, 2014g)

Apesar do exposto no julgado, a nova redação deixou margem para interpretações divergentes, o que refletiu na jurisprudência.

Meses após o RO acima citado, que concedeu o direito a percepção do sobreaviso ao trabalhador, em análise de outro Recurso Ordinário, o TRT negou as verbas de sobreaviso, afirmando que seria necessária a comprovação de que o empregado aguardava o chamado do empregador em casa:

O sobreaviso considerado no art. 244, § 2º, da CLT pressupõe que o empregado efetivamente permaneça em sua própria casa, por determinação expressa e sujeito a sanções, no aguardo de uma chamada quase certa. O autor não faz jus ao pagamento de horas de sobreaviso, pois estava apenas, como decorrência da subordinação jurídica e em virtude do cargo que ocupava, sujeito a chamadas para atendimento de contingências, pelo telefone celular disponibilizado pela empresa, e sem a obrigação de ficar em casa, conforme o teor da prova testemunhal (SANTA CATARINA, 2014h).

Portanto, percebe-se que a Súmula, apesar de ampliar o regime de sobreaviso para abranger as tecnologias móveis, deixou margem para discussões e interpretações divergentes. Isso tem se refletido na jurisprudência atual.

O mais recente acórdão proferido em Recurso Ordinário pelo TRT da 12ª Região<sup>4</sup> foi o RO 0000604-95.2013.5.12.0017, publicado em abril de 2014, que reformou decisão *a quo* a fim de não conceder as horas de sobreaviso.

Em decisão de primeiro grau, o juízo *a quo* entendeu devidas as horas de sobreaviso. Para o magistrado, o sobreaviso é reconhecido devido ao fato de que o empregado era obrigado, por imposição da empregadora, a permanecer em sua própria residência, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço em caso de disparo dos alarmes da agência. Entendeu, no caso, que o trabalhador tinha sua liberdade de locomoção tolhida.

---

<sup>4</sup> Análise realizada até o dia 28 de abril de 2014.

Porém, ao analisar em Recurso Ordinário, o TRT-12 entendeu indevidas as horas de sobreaviso, concluindo por falta de provas que justificasse tal concessão.

Interpretando o item II da Súmula, [...] tem que restar evidenciado que o empregado, nas horas destinadas ao seu descanso, estava escalado em regime de plantão, para ser acionado, por exemplo, via telefone celular para atender eventual emergência ocorrida na empresa. Deve estar demonstrado o efetivo trabalho no sistema de sobreaviso, a existência de controle do empregador sobre o empregado por meio de telefone celular ou equivalente de maneira que reste tolhida a liberdade de locomoção do empregado. Exigência maior é que o empregado esteja à disposição de maneira que lhe permita deslocamento em tempo hábil para atender o chamado do empregador. Esse estado de expectativa constante, esse tolhimento da liberdade de ir e vir do empregado, essa submissão ao regime de escalas/sobreaviso que lhe impeça o necessário descanso é que devem restar caracterizados para que possa ter o direito às horas de sobreaviso, a teor do item II da Súmula 428 do TST. [...] Ao contrário do que entendeu o juiz singular, reputo inexistente a prova robusta de que o autor trabalhava em regime de sobreaviso (SANTA CATARINA, 2014i).

No entendimento do Tribunal ao proferir tal acórdão, o teor da Súmula 428, item II do TST é no sentido de conceder o sobreaviso apenas quando restar caracterizado o tolhimento da liberdade de ir e vir do empregado, o que não restou provado, segundo o julgado.

Apesar da não concessão, percebe-se uma mudança na análise realizada pelo Tribunal, que deixa de considerar apenas o aspecto espaço, para ampliar o sobreaviso também para o cerceamento da locomoção do empregado através do celular e das demais tecnologias, quando presentes os requisitos trazidos no item II da Súmula 428, quais sejam: que o empregado estivesse escalado em regime de plantão ou equivalente; e que estivesse aguardando a qualquer momento o chamado durante o período de descanso.

Outro recente acórdão encontrado que versa sobre o assunto, é o proferido no RO 0003814-37.2012.5.12.0035, publicado em 24 de março de 2014.

Na reclamação trabalhista recorrida, o autor afirmava estar em constante sobreaviso já que portava celular fora do horário de expediente. A pretensão foi afastada pelo juiz de primeiro grau, bem como pelo Tribunal, em análise ao Recurso do autor, sob a alegação de que o mero uso de

equipamentos informatizados, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. Para tanto, o acórdão ampara-se na aplicação do item I da Súmula 428, o qual prevê que o mero uso de aparelhos informatizados, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, nada mencionando sobre o item II, que prevê a possibilidade de configuração do instituto caso comprovados os outros requisitos.

No RO 0003276-45.2011.5.12.0050, publicado em fevereiro de 2014, também não foi acolhido o recurso da autora. No Recurso a recorrente insistia no pagamento das horas de sobreaviso, aduzindo que mesmo sendo acionada por telefone, persistia a obrigação do pagamento das horas de sobreaviso, conforme aplicação da Súmula 428 do TST. O relator não acolheu as razões do recurso, frisando que a única testemunha ouvida em juízo havia declarado que quando permanecia de sobreaviso a ré mantinha contato através de celular. Assim, concluiu que não logrou o empregado produzir prova de que estava obrigado a permanecer em certo local, em horário específico, aguardando ordens da ré. Ressalta ainda que este era ônus da autora, conforme artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

O magistrado a quo [...] concluiu que o demandante não ficava à disposição da empregadora porque não teve tolhido o direito de locomoção, pois foi comprovado que o acionamento era feito por meio de telefone. Não há, todavia, como divergir do entendimento perfilhado na instância de origem. A única testemunha ouvida em juízo [...] declarou que quando permanecia de sobreaviso a ré mantinha contato através de celular. Não logrou o empregado produzir prova, portanto, de que estava obrigado a permanecer em certo local, em horário específico, aguardando ordens da ré [...] Registro não aplicar a Súmula 428 do TST, após a alteração precedida recentemente em sua redação (SANTA CATARINA, 2014j).

No caso em tela, entendeu o Tribunal Regional do Trabalho que não cabia aplicar o item II da Súmula 428 no sentido de conceder o regime de sobreaviso. Mais uma vez, a não configuração deveu-se ao fato de que o empregado não tinha a necessidade de esperar o chamado em sua residência, visto que portava um celular.

Pelo Acórdão proferido no RO 0008140-34.2012.5.12.0037, publicado em 18 de março de 2014, o relator, ao negar recurso do autor, explica que a caracterização da situação de sobreaviso pressupõe a restrição à

liberdade de locomoção do empregado, conforme estatui o § 2º do art. 244 da CLT, devendo o empregado permanecer em sua residência à disposição do empregador para eventual chamada.

Interpretando o item II da Súmula, considera-se regime de sobreaviso o empregado que, à distância sofre fiscalização patronal seja através de instrumentos telemáticos ou informatizados e que permanece em regime de plantão ou equivalente aguardando o chamado para prestar serviço no período de descanso. Tem que restar evidenciado que o empregado, nas horas destinadas ao seu descanso, estava escalado em regime de plantão, para ser acionado, via telefone celular para atender eventual emergência ocorrida na empresa (SANTA CATARINA, 2014k).

No presente acórdão, o relator refere-se à necessidade de que o empregado estivesse escalado para regime de plantão para a efetiva caracterização do instituto e aplicação da Súmula 428.

Deve estar demonstrado o efetivo trabalho no sistema de sobreaviso, a existência de controle do empregador sobre o empregado por meio de telefone celular ou equivalente de maneira que reste tolhida a liberdade de locomoção do empregado. Exigência maior é que o empregado esteja à disposição de maneira que lhe permita deslocamento em tempo hábil para atender o chamado do empregador. É esse estado de expectativa constante, esse tolhimento da liberdade de ir e vir do empregado é essa submissão ao regime de escalas/sobreaviso que lhe impeça o necessário descanso é que deve restar caracterizado para que possa ter o direito às horas de sobreaviso, a teor do item II da Súmula 428 do TST (SANTA CATARINA, 2014k).

Essa posição adotada pelo Tribunal em alguns julgados tem sido criticada pela doutrina, que considera que o núcleo do sobreaviso não está na obrigatoriedade de o empregado permanecer em determinado local, mas no compromisso deste de atender prontamente ao chamado do empregador (GUIMARÃES, 2013, p.30).

Vólia Bomfim Cassar, juíza do trabalho e doutora em Direito e Economia explica o desconforto da doutrina quanto à posição adotada pelos tribunais:

[...] alguns aparelhos ou ferramentas de trabalho limitam o direito de ir e vir do empregado, pois não funcionam em determinados pontos ou localidades. Mesmo que se argumente que a limitação é bem mais amena e suave que a preconizada pelo art. 244, § 2º, da CLT, pois o raio de abrangência dos sinais está cada vez maior, o direito do trabalhador ao sobreaviso enquanto estiver portando o intercomunicador, rádio ou qualquer outro aparelho similar. O fato de

não permanecer em casa aguardando ordens, nos moldes da lei, como ocorria com os antigos ferroviários, não afasta uma interpretação histórico-evolutiva e extensiva do dispositivo legal em estudo. O desconforto por ficar preocupado (ligado, conectado) todo o tempo com a área de atuação do aparelho, com o sinal, com o local onde está, com os chamados não atendidos, com os problemas que terá que resolver a distância, deve ser remunerado ou indenizado (CASSAR, 2010, p. 73-74).

No mesmo mês (março de 2014), o Tribunal julgou procedente o pedido do autor (Sindicato dos Médicos do Estado de Santa Catarina), em face da ré (Sociedade Mãe da Divina Providência – Hospital Nossa Senhora dos Prazeres), considerando caracterizado o sobreaviso. Trata-se do RO 0001206-87.2011.5.12.0007, publicado em abril de 2014.

Em primeira instância, a juíza argumentou da seguinte forma ao interpretar a Súmula:

Embora o médico não esteja no hospital quando da realização das horas de sobreaviso, podendo estar em casa, em seu consultório, ou em qualquer outro lugar em que possa ser facilmente localizado e tenha rápido acesso ao hospital para atendimento de urgências e emergências, impõe ser considerado como tempo à disposição do primeiro réu – hospital – posto que, conforme antes registrado, o médico, quando em sobreaviso, não tem a liberdade de estar aonde bem entende e de fazer o que bem quiser. Trata-se de uma limitação do tempo e das atividades do médico, ante o compromisso por ele firmado com os demais de permanecer à disposição. Por ser tempo do médico à disposição do primeiro réu quando em sobreaviso e porque todo o trabalho deve ser integralmente remunerado, sob pena de enriquecimento sem causa de seu tomador, considera o Juízo que os substituídos têm direito a perceber as horas de sobreaviso (SANTA CATARINA, 2014I).

Afirma que ante o transcurso do tempo e da evolução tecnológica, o § 2º do art. 244 da Consolidação das Leis do Trabalho não pode ter a interpretação limitadora que lhe era dado em 1943 quando da edição do Decreto-Lei 5.452.

A Consolidação das Leis do Trabalho é do ano de 1943, quando, notoriamente, não havia telefone celular e BIP, sendo certo que o trabalhador não poderia utilizar dessa recente tecnologia para ser contatado em caso de chamadas urgentes. A interpretação da lei deve ser feita de acordo com a finalidade que lhe conferiu o legislador, sendo adaptada aos dias de hoje (SANTA CATARINA, 2014I).

Para a magistrada, a forma de trabalho existente quando da edição da Consolidação das Leis do Trabalho muito foi alterada em relação ao

dias de hoje. Assim, considera o Juízo que o permanecer em casa, aguardando chamadas, previsto no supramencionado dispositivo legal, corresponde, atualmente, a estar de posse do BIP ou de telefone celular, estando em local acessível e apto a atender chamadas urgentes e dirigir-se ao local de trabalho para cuidar de situações urgentes e emergenciais.

No recurso, a demandada sustentou ser indevida a remuneração do serviço de sobreaviso postulada pelas seguintes razões:

a) não há amparo legal ou contratual para o direito perseguido; b) o direito ao sobreaviso está previsto na CLT, de modo que, não estando a relação estabelecida entre as partes alcançada por aquele diploma jurídico, por não se tratar de relação de emprego, não é devida a titulação perseguida, sendo inadequada a aplicação, ainda que analógica, do disposto no art. 244, §2º, da CLT; c) os médicos não permaneciam em casa aguardando chamado para eventual emergência, não sendo tolhida a liberdade de locomoção dos profissionais (Súmula 428/TST); d) o Hospital reclamado não tem fins lucrativos, sendo entidade filantrópica; e) as horas postuladas foram quitadas, conforme Termo de Compromisso de fl. 89, sendo indevidas, portanto, notadamente as “parcelas vincendas”; (SANTA CATARINA, 2014I).

O relator entendeu devidas as verbas a que a recorrente havia sido condenada, se não vejamos:

A existência de trabalho em regime de sobreaviso é robustamente comprovada pelas provas produzidas. As escalas juntadas pelo próprio Hospital a partir das fls. 454 e seguintes denotam que os médicos permaneciam de sobreaviso em média por uma semana, período no qual deveriam estar acessíveis, em local que permitisse o deslocamento até o hospital em tempo razoável, após contato por telefone (ata de audiência de fl. 813). A toda à evidência, não contava o profissional com liberdade de locomoção, na medida em deveria permanecer em locais próximos ao Hospital, de sorte a possibilitar a rápida locomoção em caso de chamadas (SANTA CATARINA, 2014I).

Para que restasse caracterizado o sobreaviso, portanto, entendeu o Tribunal ao interpretar a Súmula ora em estudo que não precisaria que a liberdade de locomoção ficasse restrita à residência do empregado, adotando o entendimento de que, a liberdade pode ser tolhida ainda que por meios telemáticos de comunicação.

No acórdão proferido em abril de 2014 no RO 0001153-90.2013.5.12.0022, o relator explica que durante anos prevaleceu o entendimento de que a caracterização do sobreaviso dependia da exigência

imposta pelo empregador ao seu empregado para que, mesmo fora do seu horário normal de trabalho, permanecesse em casa aguardando eventual chamado. Assim, entendia-se que a restrição à liberdade de locomoção gerava ao empregado o direito a uma remuneração.

No entanto, explica, em face do avanço tecnológico e do desenvolvimento de ferramentas que viabilizam o trabalho à distância e o deslocamento sem prejuízo da possibilidade de contato, atenuou-se, para fins de configuração do sobreaviso, a necessidade de permanência em casa e passou-se também a considerar a existência de regime de plantão e de controle patronal por algum meio telemático ou informatizado, consoante entendimento firmado por intermédio da Súmula nº 428 do TST.

No caso, extrai-se que a ré forneceu um aparelho celular à autora para, em caso de necessidade, à noite e finais de semana, ser contactada para emitir autorizações de procedimentos ou para a solução de dúvidas [...] Assim, ainda que o não atendimento das ligações não gerasse nenhuma punição à autora, é certo que ela, em razão do cargo ocupado, tinha a obrigação de permanecer em regime de plantão, já que as ligações normalmente se referiam a atendimentos de urgência e emergência (SANTA CATARINA, 2014m).

Para Guimarães (2013, p. 30), observa-se que o núcleo do sobreaviso não está na obrigatoriedade de o empregado permanecer em determinado local, mas no compromisso de o empregado se manter obrigado, subordinado, ainda que em menor intensidade. O alicerce do sistema de sobreaviso está no fato de o empregado estar à disposição do empregador.

No RO 0000560-76.2013.5.12.0017, proveniente da Vara do Trabalho de Mafra, tendo como Recorrente a Editora Leitura Inteligente de Santa Catarina Ltda., e como Recorrida Marilise Ribeiro fica claro o direito a percepção da verba de sobreaviso quando fica específico no contrato de trabalho que, se o entregador não atender ao telefone, ou se celular estiver desligado, ou ainda se o entregador não puder resolver a reclamação no dia, o jornal vai então providenciar a entrega dessa reclamação mediante ao pagamento de R\$ 3,00 para a pessoa que for levar, valor esse que será descontado do entregador, que além de ter a punição da reclamação, vai ter o desconto do valor da entrega desse jornal.



A caracterização do regime de sobreaviso depende da existência de um meio de comunicação entre empregador e empregado e do regime de plantão, no qual o empregado não fica à disposição de seu empregador, mas pode ser chamado ao serviço em casos urgentes, conforme se infere do item II da Súmula 428 do TST e interpretação evolutiva do art. 244 da CLT. É incontroverso o fato de que o empregado poderia ser chamado pela empresa, por meio de seu celular (SANTA CATARINA, 2014n).

Para o relator, pela aplicação do item II da Súmula 428 do TST e interpretação evolutiva do art. 244 da CLT, a caracterização do regime de sobreaviso depende da existência de um meio de comunicação entre empregador e empregado e do regime de plantão, no qual o empregado não fica à disposição de seu empregador, mas pode ser chamado ao serviço em casos urgentes.

No RO 0000191-92.2011.5.12.0004, a decisão do Tribunal publicada em julho de 2013 foi no sentido de procedência do recurso da autora, a fim de considerar caracterizado o regime de sobreaviso, aplicando, assim, a interpretação trazida com a nova redação da Súmula 428.

Em primeiro grau, na RT 00191-2011-004-12-00-0 da 1ª Vara do Trabalho de Joinville, a sentença publicada aos 07 dias do mês de janeiro de 2013, decidiu pela improcedência do pleito. Sua fundamentação resumiu-se na afirmativa de que o próprio Reclamante, em seu depoimento, afirmou que não precisava ficar aguardando em sua residência. Mais uma vez, chama-se atenção ao único fator levado em conta, qual seja, o local (residência) da espera pelo chamado.

Tal decisão foi reformada pelo Tribunal do Trabalho no julgamento do respectivo RO, levando em consideração o regime de plantão a que ficava submetido o empregado, independentemente do local em que esperava os chamados, conforme novo entendimento trazido pela alteração da Súmula 428.

A caracterização do regime de sobreaviso depende da existência de um meio de comunicação entre empregador e empregado e do regime de plantão, no qual o empregado não fica à disposição de seu empregador, mas pode ser chamado ao serviço em casos urgentes, conforme se infere do item II da Súmula 428 do TST e interpretação evolutiva do art. 244 da CLT. A prova testemunhal deixou claro que havia regime de plantão, nos quais os empregados deveriam portar telefone celular para eventual chamado ao trabalho, ainda que não tenha sido comprovada a periodicidade e a duração do regime (SANTA CATARINA, 2014o).

Conforme o acórdão, a prova testemunhal deixou claro que havia regime de plantão, nos quais os empregados deveriam portar telefone celular para eventual chamado ao trabalho, ainda que não tenha sido comprovada a periodicidade e a duração do regime.

Em outro acórdão o Tribunal afirma que:

Tendo em vista a alteração do verbete jurisprudencial transcrito, para caracterização do sobreaviso não mais se exige a restrição da liberdade de locomoção, sendo desnecessário que permaneça na residência à disposição do empregador, bastando que esteja “submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados” e que permaneça “em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado” (SANTA CATARINA, 2014p).

Pollyana Silva Guimarães (2013, p. 30) observa que o núcleo do sobreaviso não está na obrigatoriedade de o empregado permanecer em determinado local, mas no compromisso de o empregado se manter obrigado, subordinado, ainda que em menor intensidade.

A restrição a que se sujeita o empregado não se limita a necessidade de permanência em sua residência ou em outro determinado local. Esse tipo de restrição é apenas um fator da ausência do gozo da livre disposição do tempo de descanso, visto que o empregado se mantém obrigado a estar à disposição da empresa, aguardando o chamado para o serviço, que é o fundamento do sobreaviso. Há de se observar, sobretudo, que a disponibilidade pessoal do empregado é relativamente restringida [...] é retirado do trabalhador, em período estranho à jornada, a ampla liberdade de dispor de seu tempo, o impedindo de se dirigir para local afastado do centro da prestação de serviços ou realizar atividades que o impeçam de atender prontamente a chamados (GUIMARÃES, 2013, p. 30).

O juiz do Trabalho da 4ª Região, Max Carrion Brueckner, ao abordar o assunto em artigo publicado, defende a ideia de que deve ser pago 1/6 do salário-hora normal para o tempo em que o trabalhador aguarda o chamado por meio do telefone celular, uma vez que implica uma restrição menor que a imposta pelo sobreaviso.

Quem está com o celular da empresa na espera de eventual chamado não pode viajar para longe, pois existe a possibilidade, ainda que remota, de ser contatado. Também deve cuidar para não permanecer muito tempo em local onde não haja sinal, pois pode ser que o empregador venha a procura-lo. Além disso, deve lembrar de, caso sair com os amigos, não ingerir bebida alcoólica, pois deve estar com as faculdades mentais em perfeito estado para bem

desempenhar suas atividades ou, no mínimo, sóbrio para dirigir até o local de trabalho (BRUECKNER, 2012).

O que se percebe ao analisar os julgados é que o TST, a partir da reedição da Súmula 428, deixou de exigir que o empregado permanecesse em casa para caracterizar o regime de sobreaviso, devendo, para tanto, ficar à disposição da empresa durante o período de descanso, submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Assim, exige-se uma análise caso a caso, onde o autor, para que tenha reconhecido seu direito, deve provar a existência da restrição da liberdade de locomoção, bem como a submissão a um regime de plantão ou equivalente, onde comprove a sua subordinação ao empregador, ainda que longe do local de trabalho.

Nos julgados do TRT das 12ª Região em que se aplicou o item II da Súmula, a fim de considerar caracterizado o sobreaviso, o fato de o empregador ficar adstrito ou não à sua residência não teve relevância. Bastou que se comprovasse que o empregado estava disponível ao empregador, que, mediante ajuste prévio, poderia chamar o trabalhador caso necessário. Para estes acórdãos, a liberdade de locomoção do empregado foi cerceada, ainda que por meio de comunicação móvel.

A jurisprudência, porém, apesar de ter refletido essa ampliação do instituto do sobreaviso, ainda diverge no que tange à interpretação do verbete sumular, sendo que ora aplica o item II, considerando configurado o sobreaviso, mesmo que o empregado não fique adstrito à sua residência, ora aplica apenas o item I, para negar o sobreaviso pelo uso do celular e das outras tecnologias de comunicação. Na análise realizada, não se pôde constatar uma lógica na aplicação da Súmula pelo Tribunal, que variou sua interpretação do dispositivo sumular após a alteração obtida.

## 5 CONCLUSÃO

Inegável que o Direito do Trabalho está em constante transformação, fato que ocorre com todos os ramos do direito, objetivando adequarem-se às novas realidades sociais. Caso contrário, restariam obsoletos.

Através do estudo sobre a origem das normas trabalhistas, com a passagem do sistema liberal ao intervencionismo estatal, foi possível compreender o árduo caminho percorrido pelo proletariado para ver conquistados alguns direitos básicos quanto ao regime trabalhista.

A jornada de trabalho foi um desses aspectos abordados pela legislação que, com o decorrer do tempo e das lutas sociais, foi sendo delimitada e lapidada a fim de garantir ao menos o mínimo de dignidade ao trabalhador. A norma positivou a limitação da jornada de trabalho, consubstanciada na luta pela integridade física e psicológica dos operários.

Porém, devido às rápidas transformações sociais, o direito do trabalho mostra dificuldades em acompanhar a evolução. As normas vão se tornando ultrapassadas, precisando ser readequadas às novas necessidades apresentadas.

O instituto do sobreaviso bem demonstra essa defasagem, já que as normas não conseguiram acompanhar o processo evolutivo do trabalho.

Conforme demonstrado no presente estudo, apesar de o sobreaviso ainda estar previsto no texto legal apenas aos ferroviários, ele é aplicado atualmente, indistintamente, a todas as categorias de trabalhadores. Fez-se necessária a ampliação do instituto, visando atender aos Princípios e demais normas de Direito do Trabalho, às quais buscam a proteção e a dignidade do trabalhador.

Outro aspecto que bem demonstra a desatualização do texto legal quanto ao sobreaviso está na demora da ampliação do instituto para alcançar o trabalhador que fica à disposição do empregador através de aparelhos telemáticos de comunicação

Conforme se apresentou, até meados de 2012, o uso de aparelhos de comunicação que possibilitavam o empregador chamar o

empregado em caso de urgência e necessidade não era suficiente para caracterizar a disponibilidade do empregado e, portanto, o sobreaviso.

Em setembro de 2012, o TST, através do chamado ativismo judicial, reeditou a Súmula 428 que dispunha a respeito do tema, a fim de ampliar a possibilidade de configuração do instituto do sobreaviso no caso concreto.

Da análise realizada na jurisprudência do TRT da 12ª Região, conclui-se que antes da alteração da Súmula, a jurisprudência inclinava-se a negar o sobreaviso ao empregado ligado à empresa por meio de celular e de outros dispositivos móveis sob o argumento de que não era obrigado a aguardar em sua residência e não tinha cerceada a sua liberdade de locomoção. Contudo, sabe-se que nesse período o empregado fica limitado no seu direito de ir e vir, não podendo viajar ou assumir compromissos, podendo se deslocar apenas na medida em que tenha sinal de telefonia e que lhe permita o atendimento ao possível chamado.

Com a alteração feita em 2012, para caracterizar o sobreaviso não é mais necessário que o empregado permaneça em casa. Outras circunstâncias fáticas passaram a ser analisadas para que configurasse o estado de disponibilidade do empregado, como: o estado de expectativa constante, o tolhimento da liberdade de ir e vir do empregado, a submissão ao regime de escalas que lhe impeça o necessário descanso e a disponibilidade de maneira que lhe permita deslocamento em tempo hábil para atender o chamado do empregador.

Houve, portanto, uma clara e importante ampliação do instituto do sobreaviso, desde que presentes os requisitos trazidos no item II da Súmula 428.

Apesar de não por fim na discussão sobre a concessão ou não do sobreaviso, a nova redação da Súmula permitiu uma análise mais aprofundada dos fatos no caso concreto, sendo que ampliou as possibilidades de interpretação. Porém, observa-se que essa ampla margem de interpretação, gerou maior disparidade jurisprudencial.

Assim, apesar da ampliação do sobreaviso para abranger também o trabalhador que ficasse disponível através dos meios de comunicação atuais,

conforme vinha defendendo a doutrina, a jurisprudência ainda não caminha num mesmo sentido. Apresentando decisões díspares, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região mostra que ainda precisa firmar um entendimento mais concreto a respeito do tema.

Através do estudo realizado, inegável se mostra a necessidade dessa ampliação do instituto do sobreaviso, uma vez que, como demonstrado, o empregado se coloca à disposição do empregador para prestar eventuais serviços de urgência, estando em constante expectativa e tendo a sua liberdade cerceada, ainda que parcialmente. Apesar dessa clara necessidade de ampliação, a nova redação da Súmula 428 que tinha como objetivo colocar um ponto final nessa discussão sobre a abrangência do instituto, deixou margens para interpretações divergentes, não alcançando o fim a que se propunha, qual seja, promover uma uniformidade entre as decisões.

Assim, faz-se imperativo uma nova alteração do dispositivo sumular a fim de acabar com as dúvidas geradas, para abranger de uma vez por todas os dispositivos móveis de comunicação no instituto ora estudado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., Francisco Milton. Análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a percepção do sobreaviso decorrente da utilização de celular/BIP a partir da teoria de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, MG – Brasil. Ee. 79 jan/jun 2009. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_79/francisco\\_milton\\_araujo\\_junior.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/francisco_milton_araujo_junior.pdf)>. Acesso em 27 de maio de 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ARRUDA, José Jobson de A. **Revolução industrial e capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2013

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 08 de mai. 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 08 de mai. 2014.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. 2013a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 428**, de 14 de setembro de 2012. 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. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-428](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428)>. Acesso em 22 de jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ-49 da SDI-1** de 20 de abril de 2005 (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 428 do TST).

Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset\\_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i](http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i)>. Acesso em: 22 de jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2012a. **Notícias TST**, de 17 de setembro de 2012. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/2415116](http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2415116)>. Acesso em: 12 de abr. 2014.

BRUECKNER, Max Carrion. Telefone móvel e restrição à liberdade: forma de contraprestação compatível com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3407, 29 out, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22908>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CABRAL, Monara Michelly de Oliveira. **Relação jornada de trabalho e trabalho decente: entre a eficácia econômica e o retrocesso social**. João Pessoa. 2013. 113 f. Dissertação (Programa de Pós Graduação). Universidade Federal da Paraíba. Disponível em: <[http://btd.d.biblioteca.ufpb.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2798](http://btd.d.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2798)>. Acesso em: 25 mar. de 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Reflexos do Avanço da Tecnologia e da Globalização nas Relações de Trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, São Paulo, n. 34, p. 61-81, jan/fev. 2010.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. O conceito de tempo de sobreaviso e as tecnologias da comunicação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 199-209, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29636>>. Acesso em 23 abr. de 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTR, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso do Direito do Trabalho**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Sobreaviso e Súmula n. 428 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: IOB, 2013b.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GORENDER, Jacob. **Gênese e desenvolvimento do capitalismo no campo brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.



GORENDER, Jacob. **Globalização, Tecnologia e Relações de Trabalho**. Estudos Avançados, São Paulo, b. 11, n. 29, abril de 1997.

LIMA, Fábio Nunes de. **A redução da jornada de trabalho como fator implementador do direito à saúde e ao lazer do trabalhador**. 2013. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=15866](http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15866)>. Acesso em: 25 mar. de 2014.

LONGO, Wladimir Piró e. Ciência e Tecnologia: evolução, inter-relação e perspectivas. **Anais do 9º Encontro Nacional de Engenharia de Produção**, vol. 1, 42, Porto Alegre, 1989. Disponível em: <<http://www.waldir.longo.nom.br/publicacoes.html>>. Acesso em: 11 abr. de 2014.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário preço e lucro**. São Paulo: Expressão popular, 2008.

MORAES. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38 ed. São Paulo: LTr, 2013b.

NASCIMENTO, Cristina Reginato Hoffmann. **A efetividade do direito do trabalho**. 2011. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de conceitos trabalhistas**. v. I. São Paulo: LTr, 2000.

PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. **Revista do TST**. Brasília. V. 75, n. 2, p. 68-84, abr./jun. 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Giglio, Wagner D. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 42 ed. São Paulo: LTr, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **SOBREAVISO. TELEFONE CELULAR Para a caracterização de sobreaviso pressupõe-se a existência de restrição de liberdade de locomoção do empregado, havendo necessidade dele permanecer em sua residência à disposição do empregador, aguardando eventual chamado. O uso de aparelho celular pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez não há cerceio da liberdade de locomoção.** Recurso Ordinário nº. 00693-2009-008-12-00-2. Armindo Cruz e Fundação Universidade do Contestado. Relatora Maria de Lourdes Leiria. Acórdão de 06 de mai. 2011. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 05 de mar. 2014a.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **SOBREAVISO. CARACTERIZAÇÃO. Para que reste caracterizado o regime de sobreaviso, faz-se necessária a comprovação do efetivo cerceamento do direito de locomoção do empregado, traduzindo-se na sua permanência à disposição do empregador nas horas destinadas ao descanso e lazer.** Recurso Ordinário nº. 07008-2009-036-12-00-8. Jesus Artur Barbosa da Silva e Global Village Telecom Ltda. Relator: Des. Grácio Ricardo Barboza Petrone. Acórdão de 11 de nov. 2010. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 05 de mar. 2014b.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **TESTEMUNHA. TROCA DE FAVORES. INOCORRÊNCIA. O simples fato de a testemunha do autor ter [...] o que não ocorreu nestes autos.** Recurso Ordinário nº. 07359-2007-014-12-00-0. Vivo S.A e Rafael Andrade dos Santos. Relator: Des. Edson Mendes de Oliveira. Acórdão de 18 de ago. 2010. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 05 de mar. 2014c.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **USO INDEVIDO DA IMAGEM DO EMPREGADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. USO COMERCIAL DA IMAGEM. ARTIGO DO CÓDIGO CIVIL. [...].** Recurso Ordinário nº. 09057-2007-036-12-00-3. Mauri Marcio Schmidt e Tim Celular S.A.. Relator: Des. Grácio Ricardo Barbosa Petrone. Acórdão de 31 de mai. 2010. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 05 de mar. 2014d.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **SOBREAVISO. USO DE TELEFONE CELULAR. O uso de telefone celular pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que não há necessidade de o trabalhador permanecer em sua residência aguardando convocação da empresa, podendo dispor de seu tempo como bem entender.** Recurso Ordinário nº. 02217-2009-035-12-00-9. Nelson Afonso Ambrósio e Companhia Catarinense de águas e saneamento – Casan. Relator: Des. Edson Mendes de Oliveira. Acórdão de 11 mai. 2010. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 05 de mar. 2014e.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. Para que fique comprovado [...] Hipótese diversa não configura o exercício de função de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalente.** Recurso Ordinário nº. 0000820-73.2010.5.12.0013. Marcia Regina Morona Tomaszewski e Banco do Brasil S.A.. Relator: Des. José Ernesto Manzi. Acórdão de 24 mai. 2012. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 05 de mar. 2014f.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE adicional de periculosidade é devido independente do tempo em que o empregado esteja exposto à atividade perigosa, uma vez que o infortúnio pode ocorrer uma única vez e ser fatal.** Recurso Ordinário nº. 0000268-44.2011.5.12.0023. Jaques Carlos Kmetzsch, Vivo S.A. e União. Relator(a): Des(a). Maria de Lourdes Leiria. Acórdão de 11 dez. 2012. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 02 de jun. 2014g.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PLANO DE CARGOS E SALÁRIO. [...].** Recurso Ordinário nº. 0002098-46.2010.5.12.0034. Luiz Carlos Pereira e Banco do Brasil S.A. Relator: Des. Amarildo Carlos de Lima. Acórdão de 08 mai. 2013. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 02 de jun. 2014h.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. [...] O vigilante empregado de empresa prestadora de serviços de segurança e que efetua a guarda patrimonial de empresa privada labora em atividade perigosa, fazendo jus, assim, ao respectivo adicional, nos termos do art. 9, inc. II, da CLT, regulamentado pela Portaria n. 88/ do Ministério do Trabalho e Emprego.** Recurso Ordinário nº. 0000604-95.2013.5.12.0017. José Almir Minikovski e Onseg Serviços de Vigilância e Segurança Ltda. e outro. Relator: Des(a). Lilia Leonor Abreu. Acórdão de 22 abr. 2014. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014i.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **HORAS EXTRAS. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. REFLEXOS SOBRE REFLEXOS. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos da OJ nº 94 do TST, os valores resultantes dos reflexos das horas extras sobre o repouso semanal remunerado não podem refletir sobre as demais parcelas, sob pena de "bis in idem".** Recurso Ordinário nº. 0003276-45.2011.5.12.0050. Arlan Meinhardt, Relacom Serviços de Engenharia e Telecomunicações Ltda. (massa falida de), Tim Celular S.A.. Relator(a): Des(a). Mari Eleda Migliorini. Acórdão de 21 de fev. 2014. Disponível em <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014j.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **REAJUSTE SALARIAL. APLICAÇÃO DA NORMA CONVENCIONAL. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. Constituindo a convenção coletiva [...].** Recurso Ordinário nº. 0008140-34.2012.5.12.0037. Júlio Cesar Barcelos e Lojas Salfer S.A.. Relator:

Des(a). Lilia Leonor Abreu. Acórdão de 18 mar. 2014. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014k.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. HORAS DE SOBREAVISO. [...].** Recurso Ordinário nº. 0001206-87.2011.5.12.0007. Sindicato dos Méritos do Estado de Santa Catarina – SIMESC, Sociedade Mãe da Divina Providência – Hospital Nossa Senhora dos Prazeres, Município de Lages e Estado de Santa Catarina. Relator(a): Des(a). Lígia Maria Teixeira Gouvêa. Acórdão de 13 mar. 2014. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014l.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **SOBREAVISO. TELEFONE CELULAR Para a caracterização de sobreaviso pressupõe-se a existência de restrição de liberdade de locomoção do empregado, havendo necessidade dele permanecer em sua residência à disposição do empregador, aguardando eventual chamado. O uso de aparelho celular pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que não há cerceio da liberdade de locomoção.** Recurso Ordinário nº. 0001153-90.2013.5.12.0022. Ana Beatriz Storino de Souza e Unimed Litoral – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Relator(a): Des(a). Maria de Lourdes Leiria. Acórdão de 10 mar. 2014. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014m.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. Recurso Ordinário nº. 0000560-76.2013.5.12.0017. Editora Leitura Inteligente de Santa Catarina Ltda. – ME e Marilise Ribeiro. Relator(a): Des(a). Viviane Colucci. Acórdão de 29 nov. 2013. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014n.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO A AGENTE INFLAMÁVEL. Demonstrada a exposição do trabalhador de forma habitual a situação de perigo, enquadrada na NR-6 da Portaria nº .4/78, é devido o pagamento de adicional de periculosidade.** Recurso Ordinário nº. 0000191-92.2011.5.12.0004. Casimiro Bizewski Filho e Gidion S.A. – Transporte e Turismo. Relator(a): Des(a). Viviane Colucci. Acórdão de 31 jul. 2013. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 02 de jun. 2014o.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. **SOBREAVISO. PERMANÊNCIA DE PLANTÃO. MEIOS DE INDUÇÃO PATRONAL. Comprovado nos autos que fazia parte da rotina da atividade chamar o empregado após o horário normal para conserto emergencial e que era obrigatório atender, está demonstrado que o empregador utilizava de meios que induziam o empregado a permanecer em regime de plantão aguardando a qualquer momento o chamado, situação que configura o sobreaviso.** Recurso Ordinário nº. 0000346-43.2012.5.12.0010. Luciano Geraldo e Smalte Metalúrgica Indústria e Comércio Ltda.. Relator(a): Des(a). Maria de Lourdes Leiria. Acórdão de 14 fev. 2014. Disponível em: <www.trt12.jus.br>. Acesso em: 28 de abr. 2014p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SINGER, Paul. **A formação da classe operária no Brasil**. 4 ed. Campinas, SP: Atual, 1987.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTR, 2000.

STEWART JR. Donald. **O que é o liberalismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**, v. I. São Paulo: LTr, 2002a.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. V. 2. São Paulo: LTr, 2002b.

WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro. A Dignidade da Pessoa Humana nas Relações de Trabalho. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 75, n. 3, jul/set 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13196/75-3.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 abr. 2013

ZENNI, A. S. Vallér; RAFAEL, Márcia Cristina. **Remuneração e jornada de trabalho**. Curitiba, PR: Juruá, 2006.