

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE A PERCEPÇÃO DE SOBREVISO DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DE CELULAR/BIP A PARTIR DA TEORIA DE HANS Kelsen E RONALD DWORKIN

Francisco Milton Araújo Júnior*

“Ora, o Deus de paz [...] vos aperfeiçoe em toda a boa obra, para fazerdes a sua vontade, operando em vós o que perante ele é agradável por Cristo Jesus, ao qual seja glória para todo sempre. Amém!”
(Hebreus - Capítulo 13, v. 20/21)

1 - SOBREVISO: NOÇÕES GERAIS

Sobreaviso é definido por José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho 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.”¹

Adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) passou a tratar do sobreaviso no § 2º do art. 244 da CLT, tendo redação decorrente do art. 36 do Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966, que assim estabelece:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

[...]

§ 2º Considera-se de “sobreaviso” o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobreaviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de “sobreaviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

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

* Juiz Federal do Trabalho - Titular da 2ª Vara do Trabalho de Marabá/PA. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo - USP.

¹ PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. V. I, São Paulo: LTr, 2000, p. 478.

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.

Observa-se que a regulamentação adotada pelo Texto Celetista objetivou atender à realidade brasileira das décadas de 1960 e 1970, ou seja, nesse período a malha ferroviária no Brasil estava se expandindo e os meios de comunicações eram muito rudimentares, de modo que a dependência social do transporte ferroviário exigia a escala de quadro de reserva de trabalhadores para atuarem em caso de ocorrência de infortúnios na rede ferroviária, sendo o contato por telefonia fixa o único meio de comunicação eficaz para atender no caso de eventualidades.

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 *paggers*, que passaram a facilitar a comunicação direta da empresa com o seu colaborador para atender às convocações de emergência.

Verifica-se que essas novas tecnologias passaram a limitar a liberdade do trabalhador durante suas folgas, especialmente quando se considera o aspecto psicológico, na medida em que, embora possua alguma mobilidade, o trabalhador deve não apenas restringir os seus deslocamentos à área de abrangência da operadora de telecomunicações que controla a transmissão de dados e voz, como também se verifica que o obreiro efetivamente não consegue relaxar ou mesmo desenvolver atividades com a concentração necessária, pois internamente, em seu psique, tem a expectativa de, a qualquer momento, ser convocado pelo empregador para que retorne aos seus serviços de imediato.

Não se pode esquecer também de que as necessidades sociais atuais proporcionaram a ampliação do instituto do sobreaviso às categorias de trabalhadores estranhas aos serviços ferroviários, sendo verificada a aplicação do sobreaviso, por exemplo, na área de 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.

A conjugação das necessidades sociais e das novas aplicações tecnológicas no âmbito das comunicações, portanto, são parâmetros primordiais para a compreensão do instituto do sobreaviso no contexto do ordenamento jurídico vigente no país.

2 - O ADICIONAL DE SOBREAVISO E JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho, após reiteradas decisões judiciais sobre a percepção do sobreaviso em decorrência da utilização do uso de celular, fixou Orientação Jurisprudencial n. 49 com a seguinte redação:

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. (inserido dispositivo, DJ 20.04.2005 - SBDI-I)

Observa-se que o texto da Orientação Jurisprudencial n. 49 fixada pela SBDI-I do C. TST reconhece claramente que o uso de equipamentos portáteis, como o BIP, não possibilita a percepção pelo trabalhador do sobreaviso em razão de o "empregado não permanecer em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço" (textuais).

Registra-se que, embora a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST faça referência exclusiva ao uso de BIP, as decisões judiciais da Corte Superior trabalhista vêm estendendo a mesma sistemática para o uso de celular, ou seja, o uso de celular pelo trabalhador também não possibilita a percepção de sobreaviso em decorrência de o empregado ter a possibilidade de não ficar aguardando em sua residência a convocação pela empresa.

Nesse sentido, pode-se destacar recente decisão unânime da 7ª Turma do C. TST, da lavra do Ministro Ives Gandra Martins Filho, no processo RR-711/2006-029-05-00.2 (DEJT 29.05.2009), que assim dispõe no tópico específico da parcela de sobreaviso:

Inicialmente, convém destacar o teor do art. 244, § 2º, da CLT, que trata da matéria nos seguintes termos:

Art. 244. [...]

§ 2º. Considera-se de sobreaviso o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de sobreaviso, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal (grifos nossos).

Evidencia-se, portanto, que as horas de sobreaviso somente são devidas àquele empregado que não pode se ausentar de sua residência no período em que estiver aguardando ser chamado para o serviço.

No caso, o Regional entendeu que o Obreiro faz jus a horas de sobreaviso, porquanto teve a sua liberdade de locomoção restringida ao raio de alcance do aparelho BIP, não podendo se ausentar da cidade em dias de plantão.

Todavia, no período de plantão, em que o Reclamante limitava-se a permanecer com celular ou BIP ligados, não era obrigatório que permanecesse em sua residência, sendo facultado o seu deslocamento a outros lugares. Nessa situação, diversa da hipótese descrita no dispositivo de lei transcrito, a jurisprudência desta Corte vem se inclinando no sentido de que o uso de BIP ou celular não é suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso.

[...]

Incide, também, sobre a espécie o entendimento assentado na Orientação Jurisprudencial 49 da SBDI-I do TST, segundo a 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.

Assim, em face da jurisprudência reiterada desta Corte, evidencia-se que o uso do celular e do BIP não enseja o pagamento de horas de sobreaviso, por não exigir que o empregado permaneça em casa.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista, no particular, para, reformando o acórdão regional, no aspecto, excluir da condenação o pagamento das horas de sobreaviso.

Na decisão do Ministro Ives Gandra Martins Filho, verifica-se que a apreciação do pleito de sobreaviso inicia e fundamenta-se a partir da análise dos parâmetros fixados no § 2º do art. 244 da CLT e na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST, ou seja, a possibilidade de o trabalhador se ausentar de sua residência no período em que estiver aguardando ser chamado para o serviço em razão da utilização de aparelho celular impossibilita a percepção de sobreaviso.

Ressalta-se que, na decisão em questão do Ministro Ives Gandra Martins Filho, são mencionados precedentes dos Ministros Maria Cristina Peduzzi e Vantuil Abdala, em decisões na SBDI-I de setembro de 2008, que também não reconhecem a possibilidade de concessão de sobreaviso pelo uso de celular em razão de o trabalhador possuir mobilidade durante o seu horário de repouso e, por conseguinte, não permanecer em sua casa, aguardando o chamado para o serviço.²

² REGIME DE SOBREAVISO - CARACTERIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 49 DA SBDI-1. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1, aplicável por analogia, não se caracteriza o sobreaviso se o empregado aguarda chamado para o serviço com o uso de celular, sem que haja restrição à sua liberdade de locomoção (art. 244, § 2º, da CLT). (TST-E-ED-RR-3.400/1997-061-02-00.8, Relatora Min. Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ de 19.09.08)

SOBREAVISO - USO DE TELEFONE CELULAR. O uso de telefone celular, a exemplo do aparelho de BIP, não configura o regime de sobreaviso, pelo fato de o empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1 ao empregado portador de aparelho celular, como na hipótese dos autos. Embargos não conhecidos. (TST-E-RR-867/2003-064-03-00.9, Rel. Min. Vantuil Abdala, SBDI-1, DJ de 05.09.08)

Cabe destacar que, na mais recente decisão sobre a parcela de sobreaviso (RR-37791/2002-900-09-00 DEJT - 05.06.2009), a 5ª Turma do C. TST, por unanimidade, reconheceu de forma polêmica o direito do trabalhador que utiliza BIP à percepção da parcela de sobreaviso.

O polêmico acórdão do processo RR-37791/2002-900-09-00 é da lavra do Ministro Emmanoel Pereira, que assim dispõe no tópico específico da parcela de sobreaviso:

De posse das premissas fáticas delineadas na decisão ora recorrida, permite-se concluir a diversidade entre o caso submetido a exame e a hipótese definida na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I.

Afirma-se isso, porque, segundo nossa jurisprudência, somente o uso, por si só, do BIP não assegura o direito às horas de sobreaviso, quer dizer, se há o uso associado à limitação do ir e vir do trabalhador, a situação ganha contornos diversos. E é essa a peculiaridade descrita pelo Regional à f. 266, ao registrar que o Reclamante tinha a liberdade de ir e vir limitada, no que concerne à distância e dificuldade de acesso dos eventuais locais que pretenda visitar ou frequentar, ou, simplesmente, estar.

Também às f. 267-268, transcrevendo prova testemunhal, reconhece que o Reclamante se utilizava do BIP para solucionar problemas que ocorriam durante as rotas de entrega e distribuição, erros de emissão de notas fiscais, devolução de mercadorias, concessão de descontos a clientes, acidentes ou quebra de caminhão, que os acionamentos via BIP ocorriam entre as 18h e 23h; que o trabalho no setor de distribuição ocorria de segunda a sábado; e que tais acionamentos ocorriam 3 a 4 vezes por semana.

Como se vê, o caso retratado nos autos é diverso do entendimento constante na Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I, razão pela qual não há como se reconhecer contrariada.

No tocante aos arestos paradigmas transcritos às f. 276-277, são eles inespecíficos, a teor da Súmula n. 296 desta Corte, por não contemplarem a premissa fática respeitante à comprovada restrição de liberdade do trabalhador em ir e vir, em decorrência da obrigatoriedade de utilizar-se do BIP, para a solução de problemas emergenciais da empresa à noite, após o expediente, e nos sábados.

Não conheço.

Na decisão do Ministro Emmanoel Pereira, verifica-se que a apreciação do pleito de sobreaviso mudou o foco da análise, na medida em que se inclui no alicerce do *decisum* a análise fática, o que é incomum na instância extraordinária, de modo a considerar que os elementos probatórios demonstraram que a utilização

REGIME DE SOBREAVISO - USO DE APARELHO CELULAR - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 49 DA SBDI-1. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-1, aplicável por analogia, não se caracteriza o sobreaviso se o empregado aguarda chamado para o serviço com o uso de celular, sem que haja restrição à sua liberdade de locomoção (art. 244, § 2º, da CLT). Embargos parcialmente conhecidos e desprovidos. (TST-E-RR-805.488/2001.8, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, SBDI-1, DJ de 07.03.08)

de BIP pelo trabalhador efetivamente restringia a liberdade de locomoção, como também desenvolve interpretação inovadora baseada em premissas fáticas para fixar que a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST não se aplica ao caso concreto.

Registra-se que, embora a decisão no RR-37791/2002-900-09-00 faça expressa referência ao não conhecimento do recurso de revista da empresa, o relator, Ministro Emmanoel Pereira, efetivamente adentra no mérito para trazer o posicionamento inovador de que, no caso concreto, a utilização de BIP pelo trabalhador restringia a sua liberdade e que, nesse sentido, pode-se desenvolver interpretação baseada em premissas fáticas para fixar que a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST não se aplica ao caso concreto.

Observa-se, em meio a esse conflito interpretativo do instituto do sobreaviso na Corte Trabalhista Superior, que se torna necessária a compreensão de alguns parâmetros basilares da Teoria do Direito como forma não apenas de reconhecer em qual teoria fundamenta-se a interpretação desenvolvida pela Orientação Jurisprudencial n. 49 fixada pela SBDI-I e a interpretação do polêmico acórdão da 5ª Turma do C. TST, da lavra do Ministro Emmanoel Pereira, no processo RR-37791/2002-900-09-00, como também objetivando fixar parâmetros críticos de adesão ao posicionamento interpretativo que melhor coaduna-se com a conjugação das necessidades sociais e das novas aplicações tecnológicas no âmbito das comunicações.

Nesse sentido, passa-se a apreciar, isoladamente, a análise da percepção do sobreaviso a partir da Teoria de Hans Kelsen e da Teoria de Ronald Dworkin; posteriormente, realiza-se um contraponto entre as duas teorias como forma de melhor elucidar os posicionamentos adotados nas decisões do C. TST sobre a matéria em discussão.

3 - A ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DO SOBREAVISO A PARTIR DA TEORIA DE HANS KELSEN³

Nas primeiras décadas do século XX, o jusfilósofo Hans Kelsen apresentou de forma inovadora a sua obra, Teoria Pura do Direito, que se propõe a estruturar a ordem jurídica de forma coesa, fechada e, por conseguinte, sem a influência dos valores ideológicos ou morais que são próprios de outras ciências como a psicologia e a sociologia.

Hans Kelsen afirma que

Quando designa a si próprio se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. [...] a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua

³ Ressalta-se que a análise da Teoria de Hans Kelsen restringe-se à fixação de alguns parâmetros necessários e limitados ao objeto deste trabalho.

tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo” [...] Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se valorar o Direito positivo.⁴

A teoria kelseniana reconhece que a existência real da ordem jurídica pressupõe o isolamento da norma de fatores externos, ou seja, o isolamento do sistema jurídico de valores políticos, psicológicos, religiosos, éticos, ideológicos e morais.

A Teoria Pura do Direito estabelece que a análise da norma é meramente descritiva, pois apenas dessa forma se pode constatar formalmente se a norma integra o direito positivo sem a interferência de quaisquer elementos valorativos relativos ao conteúdo da norma.

Nesse aspecto, Hans Kelsen ressalta que

A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer -o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. [...] Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional. Quem, do ponto de vista da ciência jurídica, afirma, na sua descrição de uma ordem jurídica positiva, que, sob um pressuposto nessa ordem jurídica determinado, deve ser posto um ato de coação pela mesma ordem jurídica fixado, exprime isto mesmo, ainda que tenha por injustiça e desaprove a imputação do ato coercitivo ao seu pressuposto.⁵

Observa-se que a teoria kelseniana, ao vislumbrar a possibilidade de se obter a imunidade das influências do meio exterior pela utilização da técnica de descrição das normas jurídicas, reconhece a autonomia da ciência jurídica como ramo próprio do conhecimento científico a partir da construção da dogmática jurídica fundamentada unicamente no direito positivo axiologicamente neutro.

O direito positivo axiologicamente neutro, de acordo com Hans Kelsen, integra a ordem jurídica que é formada por um

[...] sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental.⁶

Nessa sistemática, verifica-se que Hans Kelsen, como forma de estabelecer coesão e coerência ao sistema normativo, cria uma estrutura fechada e hierarquizada entre as normas, ou seja, uma pirâmide normativa, de modo que,

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1 e 118.

⁵ *Op. cit.*, p. 81 e 89.

⁶ *Op. cit.*, p. 33.

como critério de validação, as normas inferiores necessitam fundamentar-se nas normas superiores, sendo a norma fundamental (Grundnorm) a de maior valor hierárquico.

A norma fundamental

[...] é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum [...] a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior.⁷

A norma fundamental, portanto, não se confunde com a Carta Constitucional e, ao contrário das normas positivadas, não pode ser estabelecida por alguém ou por um órgão jurídico, constituindo-se como norma pressuposta fixada logicamente para fundamentar a ordem jurídica positiva.

Tratando especificamente da interpretação e da aplicação do direito, Hans Kelsen reconhece que o texto legal pode possuir indeterminações (de natureza intencional da própria norma⁸ ou não intencional⁹), de modo que as várias possibilidades de aplicação da norma devem ser limitadas pela moldura interpretativa.

Hans Kelsen comenta que

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.¹⁰

⁷ *Op. cit.*, p. 217 e 222.

⁸ Hans Kelsen, no caso da indeterminação intencional, exemplifica que "A lei penal prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra..." - *Op. cit.*, p. 389.

⁹ Hans Kelsen, no caso da indeterminação não intencional, explica que "Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis." - *Op. cit.*, p. 389.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 390.

A moldura interpretativa, dentro da sistemática de completude do sistema positivo fechado, da validação da norma e da neutralidade axiológica, consiste na adequação da norma inferior aos limites fixados pela moldura fixada pela norma superior, ou seja, na aplicação da teoria kelseniana, devem-se verificar as várias possibilidades de aplicação da norma existente no direito positivo, de modo que o intérprete, ao se adequar aos limites fixados pela moldura da norma superior, deve encontrar-se desprovido de valores não inerentes à ordem jurídica.

Partindo dessa perspectiva, verifica-se a análise da percepção do sobreaviso a partir da Teoria de Hans Kelsen que se vincula ao critério de completude do sistema positivo formal (regras), validação da norma, neutralidade axiológica e moldura interpretativa.

Considerando que a teoria kelseniana expressamente reconhece que, no direito positivo, não existem lacunas¹¹, 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.

Verifica-se que o § 2º do art. 244 da CLT foi regularmente estabelecido pelo art. 36 do Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966, sendo devidamente seguido o processo legislativo da época, como também se constata que o seu texto legal não contraria as normas superiores, como a Constituição Federal e a Norma Fundamental, sendo, portanto, plenamente válido pela teoria kelseniana.

Na aplicação do § 2º do art. 244 da CLT, considerando a neutralidade axiológica e moldura interpretativa fixada por Hans Kelsen, observa-se que o dispositivo legal apenas pode reconhecer direito ao sobreaviso quando o trabalhador efetivamente permanecer em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço.

Assim, partindo da concepção de aplicação da teoria kelseniana, observa-se que o trabalhador que sofre restrição na sua liberdade de livre gozar de suas folgas em razão da possibilidade de ser acionado a qualquer momento pelo seu empregador por utilizar celular, *smartphone*, BIPs ou *paggers* não possui direito à percepção do sobreaviso, haja vista que ao intérprete não cabe emitir juízo valorativo no dispositivo legal, ou seja, ao intérprete não cabe considerar que o avanço tecnológico e as necessidades sociais criaram possibilidades de atualização da norma jurídica, de modo que, seguindo a neutralidade axiológica e a moldura interpretativa fixada por Hans Kelsen, constata-se que apenas seria devido o sobreaviso ao trabalhador que efetivamente permanecesse em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço.

Na esteira dessa interpretação, observa-se que a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST encontra-se sedimentada na teoria kelseniana, haja vista que a mobilidade propiciada ao trabalhador pela utilização de celular/BIP impossibilita a percepção de sobreaviso em razão de o “empregado não permanecer em sua residência, aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço” (textuais).

¹¹ Hans Kelsen afirma que “...o Direito vigente é sempre aplicável, pois não há 'lacunas'...” - *Op. cit.*, p. 276.

4 - A ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DO SOBREVISO A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN¹²

Contrário às concepções do positivismo jurídico de separação entre o direito e a moral, o jusfilósofo Ronald Dworkin propõe a interpretação e aplicação da norma constitucional a partir do que denomina de "leitura moral" (*moral reading*)¹³, constituindo-se em um dos principais críticos ao positivismo jurídico, especialmente da teoria positivista de Hebert Hart.¹⁴

Ronald Dworkin afirma que

[...] a leitura moral possibilita encontrar a melhor concepção do princípio constitucional da moral - o melhor entendimento da real igualdade entre homem e mulher que o estatuto requer, por exemplo - o que se enquadra na vasta história Americana [...]. A leitura moral é uma estratégia de advogados e magistrados de boa-fé que pode ser utilizada em toda estratégia interpretativa.¹⁵

A leitura moral proposta por Ronald Dworkin proporciona o reconhecimento da influência dos valores sociais na análise da norma como forma de possibilitar decisões judiciais fundamentadas na justiça e na equidade, bem como estabelece que o sistema jurídico é complexo, sendo formado não apenas de regras, como também de princípios e de políticas (*policies*).

Na sua análise sobre a influência dos valores sociais na leitura da norma e no reconhecimento da complexidade do sistema jurídico, Ronald Dworkin utiliza como exemplo o caso Riggs contra Palmer, de 1889, no qual o

[...] tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou o seu raciocínio com a seguinte decisão: É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderam, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino. Mas o Tribunal prosseguiu, observando que todas as leis e os contratos

¹² Ressalta-se que a análise da Teoria de Ronald Dworkin restringe-se à fixação de alguns parâmetros necessários e limitados ao objeto deste trabalho.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999.

¹⁴ Em razão das limitações deste trabalho, não se adentrará na análise das críticas realizadas por Ronald Dworkin à teoria de Hebert Hart.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 11. Texto original: "The moral reading ask them to find the best conception of constitution moral principles - the best conception of constitutional moral principles - the best understanding of what equal moral status for man and woman really requires, for example - that fits the broad story do American's historical record [...]. The moral reading is a strategy for layers and judge acting in good faith, which is all any interpretive strategy can be".

podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais de direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu sua herança.¹⁶

Observando o caso Riggs contra Palmer, verifica-se que a aplicação estrita da regra formal possibilitaria a legitimação judicial a um assassino de poder lucrar com a sua conduta ilícita, porém o Tribunal de Nova Iorque, realizando a leitura moral do caso concreto e buscando a aplicação da justiça e da equidade, não reconheceu o direito de herança ao assassino a partir da aplicação do princípio geral do direito de que ninguém pode beneficiar-se da sua própria torpeza¹⁷ ou, como afirma Ronald Dworkin, a partir do fundamento de que “o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete”.¹⁸

Ronald Dworkin estabelece o sistema jurídico complexo formado por regras, princípios e políticas (*policies*), sendo utilizado pelos operadores do direito apenas as regras e princípios, haja vista que os fundamentos políticos apenas devem ser utilizados por cidadãos eleitos pelo povo que possuem legitimidade democrática, ou seja,

[...] as decisões políticas, segundo esse argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira [...] Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular. Esse é o conhecido argumento da democracia.¹⁹

Ronald Dworkin estabelece distinção lógica entre regras e princípios, de modo que

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distingue-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.

¹⁷ No original em latim: “*Nemo turpitudinem suam allegare potest.*”

¹⁸ *Op. cit.*, p. 40.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

exemplo: a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.²⁰

As regras, que de modo geral estabelecem condições claras sobre a sua aplicabilidade, submetem-se à sistemática “tudo ou nada” (*all or nothing*), haja vista que as regras não permitem que a sua validação seja apenas parcial, inclusive, havendo conflito entre regras, uma delas não pode ser válida e, nesse caso, o sistema jurídico deve estabelecer quais os critérios de precedência entre as regras, ou seja,

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (Nosso sistema [norte-americano] utiliza essas duas técnicas).²¹

Os princípios, por sua vez, constituem-se no padrão normativo relacionado à moralidade que estabelece a correção valorativa da norma a partir da vinculação entre a moral e o direito, de modo a proceder à melhor compreensão e/ou atualização da regra nos casos reconhecidamente de difícil solução.

Nesse diapasão, Ronald Dworkin preleciona que

[...] o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra. No caso Riggs, o tribunal citou o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos como um parâmetro fundamental, à luz do qual se pode ler a lei sobre os testamentos e, assim procedendo, justificou uma nova interpretação dessa lei [...] é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio, dessa maneira o princípio justifica a modificação.²²

Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso específico aplicável à situação determinada, de modo que, havendo conflito entre os princípios, resolve-se utilizando o princípio que melhor se adequa à busca pela justiça e pela equidade no caso concreto, porém o princípio afastado permanece válido e poderá prevalecer em outra situação conflituosa.

Analisando os litígios, Ronald Dworkin identifica a ocorrência dos “casos fáceis” (*easy cases*) e os “casos difíceis” (*hard cases*).

Os casos fáceis caracterizam-se pela aplicação clara e precisa da regra, não havendo controvérsia quanto ao padrão normativo que deve ser adotado na solução da lide.

Sobre os casos fáceis, Ronald Dworkin comenta que

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39 e 42.

²¹ *Op. cit.*, p. 43.

²² *Op. cit.*, p. 46, 59/60.

É evidente que o limite de velocidade na Califórnia é de 90 quilômetros por hora, pois é óbvio que qualquer interpretação competente do código de trânsito desse Estado leva a essa conclusão [...] o próprio Hércules²³ se daria por satisfeito em reconhecer: que não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as respostas.²⁴

Os casos difíceis constituem-se pela indefinição na aplicação da norma, seja em razão da ambiguidade das palavras utilizadas pela legislação, ou em razão do não enquadramento das peculiaridades do caso concreto na regra, ou em razão de os fatos trazidos ao processo pelas partes não serem contemplados pelo regramento legal, de modo que as variáveis do caso concreto impossibilitam a aplicação clara e precisa da regra, ou seja, os casos difíceis ocorrem “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição”.²⁵

Os casos difíceis são solucionados a partir da aplicação dos princípios que integram o ordenamento jurídico, de modo que, mesmo nos casos difíceis, o magistrado deve buscar nos princípios, como direito preestabelecido pelo sistema jurídico, a identificação da solução da lide, uma vez que, em casos difíceis, “os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares”.²⁶

Ressalta-se que não há hierarquia entre os princípios, de modo que deve o magistrado, frente ao conflito entre princípios, ponderar os valores morais envolvidos na situação litigiosa e, com base na argumentação jurídica, reconhecer o princípio que melhor coaduna-se com a aplicação da justiça e da equidade.

Na sistemática da análise interpretativa, Ronald Dworkin identifica a estruturação das decisões dos casos difíceis a partir da integridade do direito, ou seja,

[...] o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.²⁷

Ronald Dworkin compara a integridade do direito a um “romance em cadeia”, isto é, na aplicação da norma ao caso concreto, o juiz, como escritor literário, deve dar continuidade à “história das decisões judiciais” a partir da observância da evolução dos valores morais da sociedade, de modo que deve o magistrado

²³ Sobre Hércules, Ronald Dworkin explica que, para analisar criticamente a teoria positivista, “inventou um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamei de Hércules” - *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 165.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39 e 42.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 46.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

observar as decisões anteriores e o respectivo contexto histórico, objetivando proferir decisões coerentes que se adequam com os padrões morais de justiça e de equidade da sociedade de sua época, pois

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.²⁸

A aplicação da integridade do direito nos casos difíceis, portanto, pressupõe o reconhecimento pelo magistrado de padrões morais de justiça e de equidade da sociedade em que vive como forma de possibilitar a escolha do princípio jurídico que justifique a prolação de decisão coerente e que melhor se adequa ao fato concreto.

Cabe destacar que Ronald Dworkin, com base na aplicação da integridade do direito, reconhece que os casos difíceis, de modo geral, possuem uma resposta coerente e que melhor se adequa ao fato concreto, porém ressalta que “seria razoável dizer que em certos casos muito especiais não existe nenhuma resposta certa para a questão de Direito”.²⁹

Nesse aspecto, Jean Carlos Dias comenta que

[...] os casos difíceis que poderiam ser considerados como não dotados de uma resposta certa são tão especiais (exóticos no dizer do autor) que se pode teoricamente desconsiderar sua existência.³⁰

Partindo dessa perspectiva, verifica-se a análise da percepção do sobreaviso a partir da teoria de Ronald Dworkin que se vincula ao critério de identificação da complexidade da lide (caso fácil ou caso difícil - sendo que, no caso difícil, deve-se estruturar a decisão judicial a partir da integridade do direito) e à leitura moral (influência dos valores morais e sociais nas decisões).

Realizando o cotejo entre a possibilidade de percepção da parcela de sobreaviso pelo trabalhador que utiliza BIP ou aparelho celular e a teoria de Ronald Dworkin, verifica-se que existem controvérsias sobre o enquadramento da situação fática no regramento legal, haja vista que, conforme já mencionamos anteriormente, 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 *paggers*, que passaram a facilitar a comunicação

²⁸ *Op. cit.*, p. 273.

²⁹ DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 211.

³⁰ DIAS, Jean Carlos. Há uma resposta certa em casos difíceis? Elementos para a análise dos direitos humanos em juízo. Belém: Saber - *Revista do Centro Universitário do Estado do Pará*, 2006, p. 73.

direta da empresa com o seu colaborador para atender às convocações de emergência, como também se deve destacar que o § 2º do art. 244 da CLT encontra-se localizado na seção que trata do serviço ferroviário, de modo que inexistente outra disposição legal que possa ser aplicada genericamente a todas as relações de trabalho.

Desse modo, considerando que há indefinição na aplicação da norma em razão do não enquadramento das peculiaridades do caso concreto na regra, seja em decorrência da evolução das relações sociais atuais que são incompatíveis à realidade que originou o Decreto-lei n. 5, de 04.04.1966, seja em decorrência da limitação do § 2º do art. 244 da CLT, que, por dispor especificamente sobre o serviço ferroviário, impede a sua aplicação de forma genérica a todas as relações de trabalho, constata-se que a lide sobre a possibilidade de percepção da parcela de sobreaviso pelo trabalhador que utiliza BIP ou aparelho celular é enquadrada pela teoria de Ronald Dworkin como “caso difícil” (*hard case*).

Analisando especificamente o litígio em questão como caso difícil e aplicando a estruturação das decisões dos casos difíceis a partir da integridade do direito e da leitura moral, verifica-se que o aspecto primordial a ser apreciado constitui-se na evolução das tecnologias que limitam a liberdade e o efetivo gozo das folgas pelo trabalhador, especialmente considerando o aspecto psicológico do obreiro que é afligido com a possibilidade de ser acionado a qualquer momento pelo empregador, e na violação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho que são princípios fundamentais consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV).

Observa-se que permitir que a empresa interfira, ainda que indiretamente, na intimidade do trabalhador ao fornecer aparelho celular, *smartphone*, *notebook*, BIP ou *pager* com o objetivo de acioná-lo a qualquer momento para desempenhar atividade profissional constitui efetiva violação ao princípio da dignidade do trabalhador e do valor social do trabalho, na medida em que estende a jornada de trabalho do obreiro para além do ambiente laboral, ou seja, o trabalhador passa a se vincular 24h por dia à atividade profissional, independentemente de estar com a família e/ou amigos em sua residência ou em outros ambientes de lazer, cultura ou de cunho religioso, de modo a proporcionar uma inversão de valores, isto é, em razão de o trabalhador não possuir direito à desconexão da atividade laboral e de nada receber como contraprestação, os empregadores passam a impor à sociedade o reconhecimento do trabalho não como meio que possibilita a qualidade de vida da pessoa e, sim, retornando à realidade nefasta do início da Revolução Industrial do Século XVIII, como a finalidade primordial da existência humana, expondo o trabalhador a jornadas exaustivas e a maior ocorrência de doenças ocupacionais.

Não se pode esquecer também de que a possibilidade da empresa de acionar o trabalhador a qualquer momento por meio de aparelhos celulares, *smartphones*, *notebooks*, BIPs ou *paggers* para desempenhar atividade profissional sem a concessão de contraprestação, seja por meio pecuniário ou por folga compensatória, constitui prática ilícita reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro com base na aplicação do princípio da vedação do enriquecimento sem causa.³¹

³¹ No original em latim: “*Nemo potest lucupletari, jactura aliena.*”

Assim, partindo da concepção de aplicação da teoria de Ronald Dworkin, observa-se que o trabalhador que sofre restrição na sua liberdade de livre gozar de suas folgas em razão da possibilidade de ser acionado a qualquer momento pelo seu empregador por meio de celular, *smartphone*, BIPs ou *paggers* possui direito à percepção do sobreaviso, haja vista que, realizando uma leitura moral do caso concreto, bem como se alicerçando na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho que são princípios fundamentais consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV), e, ainda, no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, constata-se que essa é a escolha mais coerente e que melhor se adequa à situação fática.

Nesse sentido, observa-se que o acórdão da lavra do Ministro Emmanoel Pereira (Processo RR-37791/2002-900-09-00 - 5ª T - TST), que reconhece o direito ao sobreaviso ao trabalhador que utiliza BIP, é coerente com a teoria de Ronald Dworkin, na medida em que considera a evolução sociotecnológica e as respectivas influências na vida do trabalhador, como também considera os parâmetros dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV) e, ainda, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

5 - PERCEPÇÃO DO SOBREAVISO: CONTRAPONTO ENTRE AS TEORIAS DE HANS KELSEN E RONALD DWORKIN

Comparando as teorias de Hans Kelsen e Ronald Dworkin, observa-se que possuem premissas paradoxais, haja vista que Kelsen parte do raciocínio de que o sistema positivo formal (regras) é completo e coeso, não havendo lacunas no ordenamento, de modo que deve o intérprete analisar a lide com neutralidade axiológica e aplicar a moldura interpretativa fixada pelas normas existentes; por outro lado Dworkin entende que a análise do sistema jurídico é complexa, ou seja, é formada por regras, princípios e política, sendo que apenas os dois primeiros estão à disposição do magistrado que, utilizando o critério de identificação da lide (caso fácil ou caso difícil - sendo que, no caso difícil, deve-se estruturar a decisão judicial a partir da integridade do direito), realiza a leitura moral (influência dos valores morais e sociais nas decisões) e estabelece a escolha mais coerente e que melhor se adequa à situação fática.

Partindo de premissas diversas, Hans Kelsen e Ronald Dworkin fixam conclusões também diferentes quando aplicáveis na análise da possibilidade de percepção do sobreaviso pela utilização de aparelho celular e BIPs, haja vista que, pela aplicação da Teoria de Kelsen, seguindo a neutralidade axiológica e a moldura interpretativa, apenas seria devido o sobreaviso ao trabalhador que efetivamente permanecesse em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço, consoante estabelece a Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST, de modo que a mobilidade propiciada ao trabalhador pela utilização de celular/BIP impossibilita a percepção de sobreaviso; por outro lado, pela Teoria de Dworkin, a evolução sociotecnológica e as respectivas influências na vida do trabalhador, como também considerando os parâmetros dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV) e o princípio de vedação do

enriquecimento sem causa proporcionam a percepção de sobreaviso, conforme estabelece o acórdão da lavra do Ministro Emmanoel Pereira (Processo RR-37791/2002-900-09-00 - 5ª T - TST).

Antes mesmo de finalizarmos o contraponto entre os posicionamentos de Hans Kelsen e Ronald Dworkin no plano abstrato das teorias e fixarmos as respectivas conclusões, entendo necessário realizar análise prática da realidade social de trabalhadores que efetivamente se mantêm conectados à empresa após o término da jornada de trabalho mediante a utilização de aparelho celular.

Nessa perspectiva, destaco alguns resultados da pesquisa em que realizei nos Municípios de Parauapebas, Marabá e Belém, no Estado do Pará, nos anos de 2006 e 2007, com trabalhadores que utilizam aparelho celular para se comunicarem com a empresa.

Registro que a pesquisa foi feita mediante o fornecimento de um questionário sem qualquer identificação dos trabalhadores, tendo participado 39 pessoas das áreas de telecomunicações, transporte, engenharia, vigilância e mineração, sendo mantido o anonimato de todos.

Dentre as questões objeto da pesquisa, pode-se destacar que: 66% dos pesquisados não tiveram oportunidade de recusar o fornecimento do aparelho; 70% dos pesquisados indicaram que a sua liberdade em negociar sobre a utilização do aparelho e o custeio foi restringida, porque as regras foram impostas pela empresa e não tiveram oportunidade para negociar sobre a utilização e custeio do aparelho; 97% dos pesquisados são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho celular; 90% consideram o aparelho celular um instrumento de trabalho; 89,7% dos pesquisados declararam que são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho celular mais de 05 (cinco) vezes por dia; 43,6% dos pesquisados são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana e feriados e 25,6% dos pesquisados são contactados pela empresa mediante o uso do aparelho durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana, feriados e férias; 62% dos pesquisados declararam que não conseguem relaxar completamente sabendo que podem ser contactados pela empresa a qualquer momento; 46,2% dos pesquisados apenas podem desligar o aparelho celular nas férias; 51% dos pesquisados informam que os familiares e amigos já pediram para desligar o aparelho celular para que a empresa não os incomodasse durante os seus horários de refeição e/ou descanso; 82% dos pesquisados declaram que não recebem sobreaviso pela utilização de aparelho celular.

No plano prático, a realidade sociolaboral retratada na pesquisa demonstra que a grande maioria dos trabalhadores que se mantêm conectados à empresa após o término da jornada de trabalho mediante a utilização de aparelho celular são acionados pelos seus empregadores a qualquer hora do dia ou da noite, inclusive durante o intervalo para almoço, fins de semana, feriados e nas férias, de modo que esses trabalhadores não conseguem relaxar completamente sabendo que podem ser contactados pela empresa a qualquer momento.

Desse modo, realizando o liame entre os dados da pesquisa, a realidade sociotecnológica e a abstração das teorias de Hans Kelsen e Ronald Dworkin, restam demonstradas as seguintes conclusões:

1 - As necessidades sociais e as novas aplicações tecnológicas no âmbito das comunicações efetivamente são parâmetros primordiais para a compreensão do instituto do sobreaviso no contexto do ordenamento jurídico, o que torna plenamente ultrapassada a visão da teoria de Kelsen, especialmente no que se refere à neutralidade axiológica e à aplicação da moldura interpretativa fixada pelas normas existentes;

2 - A Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST, que se encontra sedimentada na teoria kelseniana, também se encontra desvinculada da realidade sociotecnológica e dos princípios fundamentais consagrados pela Excelsa Magna Carta, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, o que compromete a sua aplicação como fundamento das decisões judiciais;

3 - O reconhecimento do direito ao sobreaviso pelo trabalhador que utiliza aparelho celular, *smartphone*, *notebook*, BIP ou *pager* para ser acionado a qualquer momento pelo empregador para desempenhar atividade profissional é coerente com a Teoria de Ronald Dworkin e com a realidade sociotecnológica, coadunando-se com os parâmetros dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho consagrados pela Carta Republicana de 1988 (art. 1º, incisos III e IV) e com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, merecendo destaque a decisão de vanguarda do Ministro Emmanoel Pereira (Processo RR-37791/2002-900-09-00 - 5ª T - TST - DEJT - 05.06.2009) que, por unanimidade, afastou a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SBDI-I do C. TST e reconheceu o direito de percepção do sobreaviso ao trabalhador que utilizava BIP.

6 - ANEXO: INTEGRALIDADE DA PESQUISA E OS RESPECTIVOS RESULTADOS

a) A empresa, no ato da sua contratação ou durante a vigência do seu contrato de trabalho, forneceu aparelho celular, BIP ou *pager* a você?

() sim () não

SIM	NÃO
94,9%	5,1%
37	2

b) Em caso positivo, indique qual o aparelho fornecido?

() aparelho celular () BIP () *pager*

Aparelho celular	BIP	<i>pager</i>
100,0%	0,0%	0,0%
37	0	0

c) No momento do fornecimento do aparelho, você teve liberdade para recusar o fornecimento do aparelho?

() sim () não

SIM	NÃO
33,3%	66,7%
13	26

d) Em caso negativo, indique qual o motivo que restringiu a sua liberdade:

() porque a utilização do aparelho é essencial para o desenvolvimento da sua atividade profissional.

() porque a utilização do aparelho é essencial para o desenvolvimento da sua atividade profissional e teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

() teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

() simplesmente não teve interesse em fazer essa negociação.

Opção 1	Opção 2	Opção 3	Opção 4
37,5%	45,8%	16,7%	8,3%
9	11	4	2

e) No momento do fornecimento do aparelho, você teve liberdade para negociar sobre a utilização do aparelho e o custeio de sua utilização?

() sim () não

SIM	NÃO
31%	69%
12	27

f) Em caso negativo, indique qual o motivo que restringiu a sua liberdade em negociar sobre a utilização do aparelho e o custeio de sua utilização:

() porque as regras foram impostas pela empresa e a empresa não deu oportunidade para negociar a utilização e custeio do aparelho.

() porque as regras foram estabelecidas pela empresa e a empresa deu oportunidade para negociar sobre a utilização e custeio do aparelho, porém teve receio que o questionamento criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira.

() simplesmente não teve interesse em fazer essa negociação.

() porque a utilização do aparelho é essencial para o desenvolvimento da sua atividade profissional e teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

() teve receio que o questionamento ou a recusa criasse um atrito que pudesse comprometer a sua carreira na empresa.

Opção 1	Opção 2	Opção 3	Opção 4	Opção 5
70%	11%	7%	11%	0%
19	3	2	3	0

g) A empresa mantém contato com você através desse aparelho?

() sim () não

SIM	NÃO
97%	3%
38	1

h) Quem arcou com o custo pela aquisição do aparelho?

() a empresa arcou integralmente.

() a empresa arcou com parte.

() você arcou integralmente com a conta do aparelho.

Opção 1	Opção 2	Opção 3
89,7%	7,7%	2,6%
35	3	1

i) Quem arca com o custo pela utilização do aparelho?

() a empresa arca integralmente com a conta do aparelho.

() a empresa arca com parte da conta do aparelho.

() você arca integralmente com a conta do aparelho.

Opção 1	Opção 2	Opção 3
59,0%	38,5%	2,6%
23	15	1

j) Você considera o aparelho como um instrumento de trabalho?

() sim () não

SIM	NÃO
90%	10%
35	4

l) Em média, quantas vezes por dia algum empregado da empresa mantém contato com você para tratar de assuntos profissionais?

() 1 vez por dia () três vezes por dia () mais de cinco vezes por dias

Opção 1	Opção 2	Opção 3
5,1%	5,1%	89,7%
2	2	35

m) Quando esses contatos ocorrem?

apenas durante o horário de trabalho.

durante o horário de trabalho e durante o intervalo para refeição.

durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana e feriados.

durante o horário de trabalho, durante o intervalo para refeição, durante os fins de semana, feriados e férias.

Opção 1	Opção 2	Opção 3	Opção 4
23,1%	7,7%	43,6%	25,6%
9	3	17	10

n) Caso esses contatos ocorram fora do horário de trabalho, responda: você consegue relaxar completamente sabendo que pode ser contactado pela empresa a qualquer momento?

sim, pois, quando saio da empresa, não me incomodam contatos da empresa durante o meu horário de descanso e/ou folga.

não, pois sempre fico na expectativa de ser contactado pela empresa a qualquer momento.

SIM	NÃO
38%	62%
15	24

o) Você já deixou de sair para algum lugar em razão do local não possuir cobertura para o aparelho utilizado?

sim não

SIM	NÃO
28%	72%
11	28

p) Você já deixou de sair para algum lugar em razão de o local ser distante e o chamado da empresa poder acontecer a qualquer momento?

() sim () não

SIM	NÃO
38%	62%
15	24

q) Você pode desligar o aparelho fora do horário de trabalho?

() sim.

() não, apenas posso desligar durante as férias.

() não, apenas posso desligar durante os fins de semana, feriados e férias.

Opção 1	Opção 2	Opção 3
46,2%	46,2%	7,7%
18	18	3

r) Os seus familiares e/ou amigos já pediram para desligar o aparelho para que a empresa não o incomodasse durante os seus horários de refeição e/ou descanso?

() sim () não

SIM	NÃO
51%	49%
20	19

s) Você sente que sua intimidade é violada pela empresa quando recebe contatos de algum empregado da empresa para tratar de assuntos profissionais?

() sim () não

SIM	NÃO
49%	51%
19	20

t) Você recebe sobreaviso?

() sim () não

SIM	NÃO
18%	82%
7	32

7 - BIBLIOGRAFIA

- BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: *King's Cross* Publicações, 2006.
- DIAS, Jean Carlos. Há uma resposta certa em casos difíceis? Elementos para a análise dos direitos humanos em juízo. *Revista do Centro Universitário do Estado do Pará*, Belém: Saber, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. V. I. São Paulo: LTr, 2000.