

TELEFONE MÓVEL E RESTRIÇÃO À LIBERDADE: FORMA DE CONTRAPRESTAÇÃO COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Max Carrion Brueckner

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região – RS

SUMÁRIO

Introdução

1. Tempo à disposição, sobreaviso e prontidão

2. Celular restringe a liberdade?

3. A busca de uma solução

4. Analogia Juris

Conclusão

INTRODUÇÃO

Antigamente, quando alguém precisava ficar à disposição do empregador para atender a eventual necessidade do serviço, tinha que permanecer no local de trabalho, em sua residência ou em algum lugar onde pudesse ser encontrado. Com o surgimento do “bip”, houve um avanço significativo, pois o trabalhador podia se locomover para onde quisesse, não sendo mais obrigado a ficar em um local previamente ajustado. Ao tocar o “bip”, bastava procurar um telefone e ligar para a empresa.

Hoje, ninguém mais usa “bip”. Com o acesso facilitado aos telefones móveis, não há mais necessidade de a pessoa ficar em sua residência aguardando o chamado ou portar o “bip”. Se o empregador precisa entrar em contato, basta fazer uso do celular.

Essa forma de comunicação é vantajosa para ambos. O empregador pode encontrar o funcionário em qualquer lugar e horário e o trabalhador não é mais obrigado a permanecer em um local previamente ajustado.

Por outro lado, não há dúvida de que a possibilidade de ter que atender essa provável ligação faz com que o indivíduo não fique completamente livre para dispor do seu tempo de lazer.

Assim, diante do direito do trabalhador de fruir os períodos de repouso¹ e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que entende não fazer jus a horas de sobreaviso o empregado que porta “bip” ou telefone celular², é necessário encontrarmos

¹ Além de falta legislação ordinária, a própria Constituição considera o repouso semanal como direito social (art. 7º, XV).

² Por todas, selecionamos a seguinte ementa: HORAS DE SOBREAVISO – USO DO TELEFONE CELULAR – Se não há obrigação da permanência do empregado em sua residência, como o Tribunal Regional reconheceu.

um outro critério para remunerar o tempo que ele permanece aguardando o chamado por meio dessa forma de comunicação.

1. TEMPO À DISPOSIÇÃO, SOBREAVISO E PRONTIDÃO

O art. 4º da CLT estabelece que o tempo que o empregado estiver aguardando ordens deve ser considerado como à disposição e remunerado como se de efetivo trabalho fosse: *“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”*. Uma primeira leitura poderia levar à conclusão de que o trabalhador que porta um telefone celular está aguardando ordens, pois pode ser chamado a qualquer momento. Todavia, não há como fecharmos os olhos para a realidade, isto é, o trabalhador não está com sua liberdade tolhida nem está sob o comando do empregador, podendo dispor do seu tempo.

Atento a essa situação, o legislador construiu as regras dos §§ 2º e 3º do art. 244 da CLT, inicialmente aplicáveis somente aos ferroviários e atualmente às mais diversas categorias por força da jurisprudência³:

§ 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 24 (vinte e quatro) horas. As horas de “sobreaviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

§ 3º Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de 12 (doze) horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal.

Como bem apreendido pelo legislador, quem está no estabelecimento, durante a jornada, aguardando as ordens do superior, está tão envolvido com o trabalho quanto aquele que está efetivamente realizando suas tarefas⁴. A esse trabalhador, portanto, se aplica a regra geral do art. 4º da CLT.

A situação de quem, embora esteja na empresa, aguarda eventual chamado em um alojamento é diferente. O trabalhador tira a sua atenção da atividade produtiva e, embora esteja impossibilitado de sair do local de trabalho, pode repousar, conversar com os colegas, assistir televisão. O comprometimento de quem está de prontidão não é o mesmo de quem está efetivamente trabalhando.

Da mesma forma, quem pode ir para sua residência, em que pese seja obrigado a lá permanecer para aguardar eventual chamado, tem maior liberdade do que quem está de prontidão. Além de poder conversar, repousar, etc., ainda conta com o

o uso do aparelho de comunicação fornecido pelo empregador, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. A hipótese remete concretamente à diretriz da OJ-SBDI-I-TST-49, desde que a jurisprudência tem afirmado em relação ao BIP, aplica-se, com toda propriedade, ao uso do telefone celular. (TST - AIRR 9892(X)130404403 - 6ª T. - Rel. Min. Horácio Senna Pires - DJ 02.06.2006)

³ Cf. Eduardo Gabriel Saad. Comentários à CLT. 37. ed., São Paulo: LTr, 2004, pp. 228-229.

⁴ Essa previsão também aparece nas Leis 5.811/72 (petroleiros) e 7.183/84 (aeronautas).

conforto de sua casa e com o convívio da família. Por esse motivo, o trabalhador que está de sobreaviso recebe remuneração inferior daquele que está de prontidão.

2. CELULAR RESTRINGE A LIBERDADE?

A utilização do telefone celular não limita o direito de ir e vir do indivíduo, assim como acontece com quem está de sobreaviso. Todavia, ainda que com menor intensidade, restringe a sua liberdade.

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 procurá-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.

Quem alguma vez ficou com um telefone celular aguardando a possibilidade de ser chamado para o trabalho ou esteve na companhia de alguém nessa situação sabe que há limitação da liberdade, o que também não é difícil de imaginar⁵. Diversas são as crônicas que exploram essa realidade:

O meu amigo hipocondríaco tinha razão, o celular dá câncer. E tolhe opressivamente a nossa liberdade. Antes dele era possível ao homem sair de casa e se tornar, por algumas horas, ignorado e ausente. Depois dele, é impossível a qualquer um se desgarrar, fugir, perder-se em endereços solitários, e que só a cada um interessam. Monitorados por essa coleira eletrônica, estamos disponíveis a qualquer momento e com menos liberdade para sonhar, fingir, esquecer. Felizmente, o celular ainda funciona mal. No dia em que for perfeito, deixará o indivíduo mais preso aos outros – e mais longe de si mesmo.⁶

Meter-se na vida dos outros, e não só por parte do Estado, vem se tornando um fato cada vez mais inelutável. E tem até gente que goste, como os proprietários de certos celulares. Claro que há quem precisa de celulares para trabalhar, mas outros, suspeito que a maioria, o utilizam como uma coleira de mão dupla, através da qual podem sempre ser monitorados, ou monitorar os outros (no meu caso particular, como já disse, quem quiser que eu corte relações com ele ou ela, basta me dar um celular de presente).⁷

⁵ Oscar Krost observa que “a Organização Mundial da Saúde-OMS indica como principais fatores de produção de stress no trabalho o cumprimento de jornadas imprevisíveis, fora do horário normal ou em turnos mal concebidos, dando ensejo a comportamentos disfuncionais e não-habituais e, em situações de maior gravidade, causando problemas psíquicos irreversíveis e incapacitantes para o trabalho” (A Caracterização do Regime de Sobreaviso diante das Inovações Tecnológicas dos Meios de Comunicação, in Revista Eletrônica do TRT da 4ª Região, ano III, nº 47, julho de 2007, p. 46, disponível em <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>, acesso em 12.07.2010).

⁶ Chico Vianna. Hipocondria e celular. Disponível em <http://www.chicoviana.com/cronicas.php?id=140>, acesso em 06.07.2010.

⁷ João Ubaldo Ribeiro. Por que não botam logo uma coleira? Disponível em <http://www.almacarioca.net/por-que-nao-botam-logo-uma-coleira-joao-ubaldo-ribeiro/> acesso em 06.07.2010.

Facilmente verificamos que a CLT não disciplina a questão relativa ao trabalhador que permanece aguardando eventual chamado da empresa por meio do telefone celular.

3. A BUSCA DE UMA SOLUÇÃO

Em 1943, não existiam telefones celulares, de modo que a situação de a pessoa portar esse tipo de aparelho para receber eventual chamado do empregador sequer foi cogitada⁸. Esse tipo de tecnologia é realidade nos dias atuais, sendo certo que a evolução social se dá em ritmo mais acelerado que o da produção legislativa⁹. Por isso, a lei não é capaz de qualificar normativamente todos os comportamentos possíveis, podendo ocorrer condutas para as quais o ordenamento não oferece qualificação. Trata-se da questão da completude do sistema, sobre a qual Tercio Sampaio Ferraz Junior nos traz importantes subsídios:

Uma lacuna autêntica ocorre quando a lei não permite uma resposta, quando a partir dela uma decisão não é possível, quando uma decisão não pode ser encontrada. Uma lacuna não autêntica, por seu lado, dá-se quando um fato-tipo (Tatbestand) é previsto pela lei, mas a solução é considerada como indesejável. A doutrina costuma aceitar como lacuna propriamente dita apenas a primeira espécie (de lege lata), sendo a segunda considerada uma lacuna crítica ou de política jurídica (de lege ferenda).¹⁰

Com base nesse entendimento, podemos concluir que a ausência de lei tratando do regime a que está submetido o trabalhador que aguarda eventual chamado por meio do telefone celular implica a existência de uma verdadeira lacuna no ordenamento. Essa lacuna é claramente não intencional, uma vez que sequer existia essa tecnologia em 1943. É nesse sentido a lição do eminente professor paulista:

No primeiro caso [lacunas intencionais], o legislador, por não se julgar em condições, atribui a uma outra pessoa (ao juiz, ao doutrinador) a tarefa de encontrar a regra específica. No segundo [lacunas não-intencionais], diz-se que o legislador não chegou a perceber a problemática da questão de modo cabal (lacuna de previsão), seja porque as condições históricas não o permitiam (lacunas desculpáveis), seja porque seu exame do problema não foi suficientemente cuidadoso (lacunas não desculpáveis).¹¹

⁸ Em 1943, a CLT já previa as horas de sobreaviso. A redução atual do art. 244, no entanto, foi conferida pelo Decreto 6.353/44. Sobre a evolução legislativa, cf. Fernanda Pussini. Sistema de Sobreaviso Frente à Utilização de Telefones Celulares. in *Revista Justiça do Trabalho* n° 259. Porto Alegre: HS Editora, jul. 2005, p. 38.

⁹ Existe Projeto de Lei buscando estender as horas de sobreaviso para os trabalhadores que portam telefone celular (PL 4060/2008, autor Deputado Carlos Bezerra). Embora este não seja o momento para uma análise aprofundada do texto, verificamos algumas disposições que encontrarão dificuldade prática, como atribuir a regulamentação para normas coletivas.

¹⁰ Tercio Sampaio Ferraz Junior. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4 ed., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 220-221.

¹¹ *Idem*, p. 221.

No entanto, a ausência de lei regulando o fato não exime o julgador de decidir, tendo em vista a vedação do *non liquet*. Desse modo, há necessidade de o Juiz recorrer a outras fontes de Direito, conforme expresso nos artigos 4º da LICC, 8º da CLT, 126 do CPC¹².

Como visto acima, a lei confere uma resposta satisfatória para quando o trabalhador permanece aguardando ordens no local de trabalho, em um alojamento ou em sua residência, mas não há previsão para quando ele aguarda o chamado por meio de telefone celular. Por serem os supostos fáticos semelhantes, é possível recorrermos à analogia, que se funda no princípio de que situações iguais devam receber o mesmo tratamento.

*Em geral, a doutrina entende que a analogia legis parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes. Já a analogia juris parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhes são comuns, os quais, então, são aplicados aos casos não direta e expressamente previstos pelos dispositivos legais. (...) Com base em casos particulares, obtém-se uma generalização da qual resultam princípios os quais se aplicam, então, dedutivamente, a outros casos. É essa conjugação que chamamos de indução amplificadora.*¹³

Há autores respeitáveis que, em face da limitação imposta pelo telefone celular à liberdade do indivíduo, consideram que o tempo que o trabalhador permanece conectado à empresa por esse tipo de aparelho deve ser remunerado como de sobreaviso. Nesse sentido, o comentário de Eduardo Gabriel Saad ao art. 4º da CLT:

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. A nosso sentir, há, na hipótese, essa limitação de movimento do

¹² Art. 4º da LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 8º da CLT: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 126 do CPC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

¹³ Tercio Sampaio Ferraz Junior, *op. cit.*, pp. 302-303. É nesse sentido, também, a lição de Claus-Wilhelm Canaris: "A afirmação da jurisprudência dos interesses de que a integração das lacunas não seria possível através duma argumentação a partir do sistema é improcedente para um sistema teleológico e, do mesmo modo, também para este não faz sentido a contraposição tão apreciada entre a "construção apreensiva" e a "construção integradora das lacunas". Pois, quando no desenvolvimento do sistema interior de uma ordem jurídica, se trate da descoberta dos valores fundamentais constitutivos, surgem aqueles elementos, com cujo auxílio não só a determinação mas também a integração de lacunas é possível numa série de casos: os princípios gerais" (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 167-168)

empregado, porque deverá estar, sempre, a uma tal distância da empresa que lhe permita atender, com presteza, a uma ordem do empregador. Entendemos, portanto, que se caracteriza tempo à disposição do empregador aquele em que o empregado deve aguardar instruções por meio daquele equipamento eletrônico, a menos que as partes tenham pactuado diversamente.¹⁴

A jurisprudência majoritária, no entanto, reconhece que tanto a utilização do “bip” quanto do telefone celular não caracterizam as horas de sobreaviso:

Orientação Jurisprudencial 49 da SDI-I do TST: HORAS EXTRAS – USO DO BIP – NÃO CARACTERIZADO O “SOBREAVISO” (inserido dispositivo) – DJ 20.04.2005 – 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.

É importante observar que o Tribunal Superior do Trabalho considera inaplicável o § 2º do art. 244 da CLT à situação, porque os supostos fáticos são diferentes, como claramente se infere da parte final do verbete transcrito acima, isto é, porque o empregado não permanece em sua residência aguardando ordens.

Todavia, o alcance da Orientação Jurisprudencial 49 da SDI-I é apenas este: não resta caracterizado o regime de sobreaviso. Em momento algum é dito que o tempo que o trabalhador permanece aguardando eventual chamado da empresa não deve ser remunerado.

Como visto acima, quem porta o telefone celular não usufrui plenamente do período de repouso. Assim, se por um lado a intensidade da limitação imposta ao trabalhador que aguarda o chamado pelo telefone celular é menor do que aquela a que se submete quem fica aguardando ordens em sua residência, também é verdade que os períodos de repouso, para que cumpram sua finalidade, devem possibilitar que o trabalhador seja desconectado de suas atividades laborais. Somente assim é possível a utilização do tempo para a recuperação da energia, para o descanso e para o lazer. O repouso conectado ao trabalho não é pleno, não permite que a pessoa seja dona do seu tempo, que o utilize da maneira que bem entender. Nesse sentido, as palavras de Jorge Luiz Souto Maior:

Devo esclarecer que quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia, como a que nos propõe Domenico de Masi. Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo. (...) Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando

¹⁴ *Op. cit.*, p. 39.

*haja a desvinculação plena do trabalho. Fazer refeição ou tirar férias com uma linha direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, no entanto, sob a ameaça de sê-lo a qualquer instante, representa a negação plena do descanso.*¹⁵

4. ANALOGIA JURIS

A CLT prevê, para a hipótese de o trabalhador permanecer no local de trabalho aguardando ordens, o pagamento de 2/3 do salário-hora normal, o que chama de “prontidão” (art. 244, § 3º). No caso de o empregado permanecer em sua própria residência, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço, é devido o pagamento de 1/3 do salário-hora normal, o que a CLT chama de “sobreaviso” (art. 244, § 2º).

Resta evidente, pois, que o legislador reconhece que a pessoa que está na iminência de ser chamada para o serviço não desfruta plenamente do período de repouso. Por esse motivo, determina o pagamento das horas de prontidão ou de sobreaviso. Nesse sentido, a doutrina de Carmen Camino:

*Quando o empregado, mesmo estando no intervalo entre as jornadas, permanece em uma espécie de “estado de alerta”, na iminência de ser, eventualmente, chamado ao trabalho, encontra-se em situação intermediária entre a disponibilidade efetiva para o trabalho (art. 4º da CLT) e o descomprometimento completo com suas obrigações contratuais (intervalos ou folgas). O empregado fica na expectativa de trabalhar, embora, enquanto não chamado, goze plenamente do não-trabalho. Em regra, o empregado deve permanecer em local onde possa ser facilmente encontrado pelo empregador, num raio de distância previamente estabelecido.*¹⁶

Em 1944, quando foi publicado o Decreto-Lei 6.353, que deu a atual redação ao art. 244 da CLT, não existiam telefones celulares nem se cogitava a hipótese de o trabalhador poder ser encontrado fora de sua residência ou do local de trabalho.

A falta de disposição legal expressa, no entanto, não pode fazer com que o Juiz feche os olhos para a realidade¹⁷. No mundo moderno, o trabalhador pode ser localizado por meio de um aparelho que leva consigo, o que não era possível em 1944.

Certamente, a limitação da liberdade do trabalhador que porta um celular é menor do que a de quem fica de sobreaviso, sem poder sair de sua residência ou de outro local previamente ajustado, e menor ainda de quem está de prontidão, aguardando

¹⁵ Do Direito à Desconexão do Trabalho. in Revista Justiça do Trabalho nº 238. Porto Alegre: HS Editora, out. 2003, pp. 7-20.

¹⁶ Direito Individual do Trabalho. 4 ed., Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 395.

¹⁷ Nas palavras de Eros Roberto Grau, “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. (...) O discurso do texto normativo está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em discurso normativo (= transformação do texto em norma). O direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo” (Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38-55).

ordens em um alojamento no local de trabalho. Sob essa perspectiva, está correto o entendimento expresso na Orientação Jurisprudencial 49 da SDI-I do TST, pois quem aguarda o chamado por meio de telefone celular não tem sua liberdade limitada com a mesma intensidade de quem está de sobreaviso¹⁸. Trata-se de supostos fáticos diferentes, que trazem consequências diferentes para os indivíduos, de modo que não é possível aplicarmos a mesma regra para ambos.

Por outro lado, ainda que a limitação da liberdade seja menor, não há dúvida de que ela existe.

O critério adequado para suprir a lacuna, portanto, não é a aplicação direta da regra do art. 244, § 2º, da CLT (analogia legis), pois a situação não é a mesma. Como já verificado, a restrição à liberdade de quem porta o telefone celular é menor do que a de quem fica de sobreaviso.

Para solucionar o problema, devemos recorrer à analogia juris, ou seja, pela observação dos dispositivos constantes da CLT, deduzimos um princípio comum, que pode ser aplicado ao caso.

O trabalhador que, embora não esteja executando nenhuma atividade, permanece aguardando ordens no local de trabalho, faz jus ao pagamento do salário como se trabalhando estivesse (art. 4º da CLT). Se esse trabalhador aguarda as ordens não no local de prestação dos serviços, mas permanece nas dependências da empresa, é devido o pagamento 2/3 do salário-hora normal (art. 244, § 3º, da CLT). Já no caso de o trabalhador aguardar eventual chamado em sua residência, o valor devido é menor, correspondendo a 1/3 do salário-hora normal (art. 244, § 2º, da CLT). Com base nisso, podemos extrair o princípio geral de que quanto menor é a restrição da liberdade, menor é o valor devido pelo tempo em que o empregado está aguardando ordens. Desse princípio decorre a conclusão lógica de que o valor devido a quem aguarda o chamado pelo telefone celular deve ser inferior ao das horas de sobreaviso, assim como o valor dessas é inferior ao das horas de prontidão.

A determinação desse valor pode ser obtida com base na gradação apresentada pela própria CLT, ou seja, é possível extrairmos um segundo princípio geral (ou um desdobramento do primeiro) que indica o critério para a remuneração desse período. Como as horas de prontidão correspondem a 2/3 do salário-hora normal e as horas de sobreaviso a 1/3 (metade de 2/3), seguindo o mesmo critério, podemos atribuir a uma situação para qual a redução da liberdade é menor do que a verificada para o sobreaviso o pagamento de 1/6 do salário-hora normal (metade de 1/3). Não se trata de um critério aleatório, mas fundado na gradação apresentada pelo art. 244 da CLT e levando em conta a intensidade cada vez menor da restrição à liberdade individual.

Em síntese, não existe previsão legal sobre a remuneração do tempo que alguém despense aguardando eventual chamado do empregador por meio do telefone celular. Todavia, a omissão da lei não exime o Juiz de buscar uma solução para o problema. Assim, ocorrendo verdadeira lacuna, a resposta deve ser buscada no próprio sistema.

¹⁸ Embora defenda que as inovações tecnológicas deveriam propiciar a redução do tempo necessário para o trabalho e não a criação de um estado de vigília, Oscar Krost reconhece que a limitação da liberdade é atenuada com a utilização da comunicação móvel (*op. cit.*, p. 48).

O art. 244 da CLT regula situações semelhantes (não idênticas), extraindo-se o princípio geral de que quanto menor é a restrição da liberdade, menor é o valor devido pelo tempo em que o empregado está aguardando ordens. A partir desse princípio geral, com base na gradação apresentada pela própria CLT, concluímos que, se para prontidão é devido o pagamento de 1/3 do salário-hora normal e para o sobreaviso a metade disso, 2/3 do salário-hora normal, para o tempo que o trabalhador aguarda o chamado por meio do telefone celular, que implica uma restrição ainda menor que a imposta pelo sobreaviso, deve ser pago a metade do que é devido para o sobreaviso, isto é, 1/6 do salário-hora normal.

CONCLUSÃO

As inovações tecnológicas fazem com que a interpretação literal do art. 244 da CLT, pensado inicialmente para os ferroviários e, após, por força da jurisprudência, estendido às mais diversas categorias, seja insuficiente. O avanço dos meios de comunicação, que não poderia ser previsto quando da edição da norma, gera lacuna, cujo preenchimento se impõe¹⁹.

Desse dispositivo, no entanto, é possível extrairmos um princípio geral e um critério suficientemente seguros para determinar qual é a remuneração devida ao trabalhador que aguarda eventual chamado por meio de telefone celular ou de outro meio de comunicação móvel. O princípio geral é no sentido de que quanto menor é a restrição da liberdade, menor é o valor devido pelo tempo em que o empregado está aguardando ordens. Já o critério se funda na gradação constante do art. 244 da CLT, com base na qual concluímos que, para o trabalhador que sofre limitação menos intensa do que aquela característica do regime de sobreaviso, é devido o pagamento correspondente a 1/6 do salário-hora normal²⁰.

¹⁹ "Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade, e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais. (...) ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios atualizá-lo" (Eros Roberto Grau, *op. cit.*, p. 54).

²⁰ O nome que se dê a esse regime – sobreaviso mitigado, espera, conexão, aguardo, vigília, precaução – não é relevante. O que importa é que a falta de disposição expressa não faça com que se desconsidere que a vinculação do trabalhador à empresa implica cerceamento da sua liberdade, impossibilitando o exercício pleno do direito de não trabalhar e, conseqüentemente, o direito à remuneração desse período.