

TRABALHO EM REGIME DE SOBREAVISO

Como deve ser pago.

Paulo Mont'Alverne Frota*
Juiz do Trabalho da 16ª Região

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidem, conforme o caso, pela jurisprudência, pela 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 e o direito comparado (art. 8º, da CLT).

No caso do sobreaviso, é preciso, primeiramente, saber se existe alguma norma coletiva disciplinando a matéria. Norma coletiva é CCT (Convenção Coletiva de Trabalho, firmada entre as entidades sindicais representativas dos empregados e empregadores) ou AC (Acordo Coletivo, celebrado entre a entidade sindical representativa dos empregados e o empregador). Se existe essa norma coletiva, nenhuma dificuldade se apresenta.

O sobreaviso será pago e terá suas horas computadas como nela estiver disciplinado.

O problema é quando essa norma coletiva não existe.

Inexistindo norma coletiva, penso que a solução seria partir para a analogia. Aplicar-se-ia a regra do art. 244, §2º, da CLT, originariamente destinada aos ferroviários. Far-se-ia, como se tem feito em relação aos eletricitários, ex vi do Enunciado 229, do TST.

Reza o referido art. 244, § 2º, da CLT: "considera-se de sobreaviso o empregado que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço".

Diz mais: "cada escala de sobreaviso será, no máximo, de vinte e quatro horas", sendo que as horas de sobreaviso serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Ora, é inegável que a condição de ficar em sobreaviso, podendo ser chamado a qualquer momento, mesmo que isso ocorra excepcionalmente, não pode ser tida como uma condição de total liberdade de locomoção e ação. A limitação pessoal e social é evidente nessa circunstância, pois exige que o trabalhador permaneça sempre em situação de alerta, impedindo não somente o deslocamento para locais mais longínquos (o que inviabilizariam o atendimento imediato do chamado), mas, sobretudo, o desligamento mental e psicológico do trabalho.

Assim, mesmo que o chamado seja eventual, ou que até não ocorra, o fato do trabalhador estar em estado permanente de alerta, para um possível chamado do empregador, coloca-o em situação excepcional, onde todas as suas ações levam em consideração à possibilidade de ter que interrompê-las a qualquer momento. Tal condição, obviamente, não é a mesma dos trabalhadores que, ao terminarem o seu horário de trabalho, têm liberdade de utilizar o tempo livre como bem entenderem, razão pela qual venho sustentando que aqueles que ficam de sobreaviso devem ser remunerados por isso e com base na legislação do ferroviário (se não houver, como dito, previsão específica em norma coletiva).

Entretanto, a jurisprudência oscila quando trata desse assunto. Vemos posições extremadas, que se guiam pela menor ou maior liberdade que é dada ao empregado em regime de sobreaviso.

Com efeito, se o empregado permanece efetivamente em casa, com maior privação de sua liberdade, de modo que o empregador saiba onde e como localizá-lo e o atendimento ao chamado se faça com absoluta presteza, domina o entendimento de que se deve aplicar o art. 244, §2º, da CLT. Ou seja, cada três horas de sobreaviso equivalem a uma de efetivo trabalho. Vejamos a jurisprudência:

Ementa: HORAS DE SOBREAVISO. Devidas quando o empregado, em sua residência, fica à disposição do empregador para atender eventuais chamados. Aplicação analógica do § 2º do Artigo 244 da CLT (grifei - Acórdão: 00935.751/97-1 RORA Fl.1).

Todavia, se a liberdade conferida ao profissional é visivelmente maior, tal como ocorre àqueles autorizados a sair de casa e que atendem o chamado através de BIP, PAGER ou mesmo celular, a jurisprudência ultimamente vem se inclinando para não reconhecer trabalho senão quando o profissional é acionado. Vale dizer, não aplica a regra dos ferroviários (art. 244, §2º, da CLT). Se um médico, por exemplo, usava bip e foi chamado para um procedimento, conta-se para a sua jornada semanal e paga-se apenas o tempo que ele consumiu no referido atendimento. Só esse tempo, e nada mais. Ou seja, o restante do sobreaviso não lhe rende ganho, nem é considerado de serviço.

Portanto, caso o profissional já tenha completado a carga horária semanal normal, esse tempo consumido no procedimento para o qual fora chamado é remunerado como hora extra (1,5 hora normal). A propósito, as decisões que seguem:

Ementa: 1 - DO PORTADOR DE BIP - Só terá direito como extras as horas efetivamente trabalhadas, não se aplicando a exceção do art. 244 da CLT (ferroviários) e Enunciado n.º 229 (eletricitários). (Processo: 02980151895 - Edital do Acórdão: 26/03/1999 - Juiz Relator: FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA – TRT SP).

Ementa: HORAS DE SOBREAVISO - USO DE BIP - INADMISSIBILIDADE - Não se aplica a analogia do art. 244 da CLT aos portadores de Bip, disposição

legal essa reservada aos ferroviários, só sendo devidas as horas extras, no primeiro caso, caso comprovado o chamado da empresa e pelo período efetivamente trabalhado (Processo: 02970479340 - Nome do Juiz Relator: GUALDO FORMICA)

Destarte, são basicamente essas as duas correntes acerca do tema.

Particularmente, entendo que, independentemente do uso de BIP ou celular, o sobreaviso deve ser remunerado, consoante a regra aplicável aos ferroviários (hora de sobreaviso = 1/3 da hora normal).

O uso desses aparelhos limita não só a atividade do portador quando deve estar pronto para atender ao chamado, como também restringe seu deslocamento no espaço, não podendo afastar-se do raio de alcance do instrumento. Sabe-se que o conceito de jornada de trabalho não se confunde com o de horário de trabalho. Este é o período no qual o trabalhador inicia e finaliza sua prestação de serviços.

Enquanto aquela é o período no qual o empregado fica á disposição do empregador aguardando ou executando ordens.

Portanto, pagar o tempo de sobreaviso com 1/3 do valor da hora normal me parece justo.

Tem mais: incumbindo ao órgão julgador a aplicação da lei objetivando atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5, LICC), mais razão existe para que se aplique, analogicamente, a regra inserta no § 2º, do art. 244, da CLT, inclusive quando há uso de bip ou telefone celular.

Todavia, não poderia deixar de mencionar que o TST, através da OJ (orientação jurisprudencial) nº 49, de sua Seção de Dissídios Individuais (SDI – I), entendeu que o uso de bip não caracteriza sobreaviso.

Com efeito, mesmo que um juiz, como este escriba, entenda que o uso do bip ou celular não retira o direito ao 1/3 da hora normal, o empregador, através do recurso próprio, poderá obter(até com facilidade), a reforma da decisão de primeiro grau, bastando que, em instância superior, encontre juízes que sigam o entendimento esposado na OJ 49.

Finalizando – e a propósito do que acabei de lhes dizer – averbo que nenhum Juiz do Trabalho está obrigado a perfilhar orientação ou enunciado de súmula do TST, já que ainda não vigora entre nós a tão falada súmula vinculante.

* Titular da VT de Pinheiro, professor de Direito Processual do Trabalho da ESMATRA XVI - Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 16ª Região.

Este documento é válido apenas como informação, não produzindo efeitos legais.

Fonte: www.otrabalho.com.br