

O CARTÃO PONTO POR EXCEÇÃO: COMENTÁRIO CRÍTICO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (GRANDE SECÇÃO) – PROCESSO C-55/18 – A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL QUE CAUSOU A ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Cláudio Teixeira Damilano*

Gilberto Stürmer**

Resumo: O objetivo geral da pesquisa é analisar a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, bem como as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista e a Lei de Liberdade Econômica sobre o registro de exceção da duração da jornada de trabalho. Já o objetivo específico é verificar se o uso do registro de exceção da duração da jornada viola os direitos fundamentais. Desta maneira, verificou-se que a opção do cartão ponto por exceção viola o princípio da transparência, dificultando com que os trabalhadores tenham um meio de prova fidedigno. A dificuldade se estende aos órgãos de fiscalização como auditores do trabalho, procuradores do Ministério Público do Trabalho e entidades

* Mestrando em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Pós-Graduado em Direito e Economia pela UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. Advogado.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista.

Sindicais prejudicando a eficácia dos direitos sociais. A inexistência de um registo de horário prejudica a segurança e saúde dos trabalhadores, pois possibilita que os períodos mínimos de descanso dos intervalos interjornada e intrajornada não sejam respeitados. Há dificuldade em saber se o empregado é pontual na sua jornada diária, se há assiduidade e qual o período em que houve férias. Portanto, o resultado obtido é de que o uso do registo de exceção da duração da jornada viola os direitos fundamentais à saúde, ao lazer e ao convívio social e familiar.

Palavras-Chave: direito do trabalho, duração da jornada, registro por exceção, direito fundamental à saúde, lazer, convívio social e familiar.

THE POINT CARD BY EXCEPTION: CRITICAL COMMENT ON THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (GRAND SECTION) - CASE C-55/18 - LABOR REFORM IN BRAZIL WHICH CAUSED THE CHANGE OF POSITIONING OF THE HIGHER COURT OF LABOR AND THE LAW OF LAW ECONOMIC

Abstract: The general objective of the research is to analyze the decision of the Court of Justice of the European Union, the position of the Superior Labor Court, as well as the changes brought about by the Labor Reform and the Economic Freedom Act on the exception record of the duration of the working day . The specific objective, on the other hand, is to verify whether the use of the exception record for the duration of the day violates fundamental rights. Thus, it was found that the option of the dot card by exception violates the principle of transparency, making it difficult for workers to have a reliable means of proof. The difficulty extends to the supervisory bodies such as labor auditors, prosecutors of the Labor Public Prosecutor's Office and Union entities, impairing the effectiveness of social rights. The

lack of a time schedule harms workers' safety and health, as it makes it possible that the minimum rest periods of the inter-shift and intra-shift intervals are not respected. It is difficult to know if the employee is punctual in his daily work, if there is regular attendance and when he was on vacation. Therefore, the result obtained is that the use of the exception record for the duration of the day violates the fundamental rights to health, leisure and social and family life.

Keywords: labor law, working hours, registration by exception, fundamental right to health, leisure, social and family life.

Sumário: Introdução; 1. O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) – Processo C-55/18: Confederação Sindical de Comissões de Obreiros vs. Deutsche Bank, S.A.E; 2. Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o registro de exceção da duração da jornada, a Reforma Trabalhista e a Lei de Liberdade Econômica; 3. Análise crítica das decisões do TJUE e do TST; Conclusão e Referências.

INTRODUÇÃO



duração da jornada foi uma das primeiras reivindicações da classe trabalhadora. A primeira lei foi a inglesa de 1847 que estabelecia o limite de 10 horas. Na Austrália a jornada de 8 horas foi fixada em 1901.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos o artigo 24 afirma que “toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias periódicas remuneradas”.

No âmbito da OIT a Convenção n.º 1, de 1919, (Decreto n.º 15.361, de 3 de abril de 1928) dispôs sobre Duração do Trabalho, limitando-o em 8 horas por dia e a 48h por semana nos

estabelecimentos industriais. Há também a Convenção nº 47 de 1935 que estabeleceu a duração semanal do trabalho em 40h.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992) foi estabelecido em seu artigo 7º letra “d)” que os Estados Partes “reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

Com o passar do tempo e o avanço das tecnologias, em um ambiente cada vez mais conectado, o direito ao descanso segue sendo uma das preocupações mais importantes no âmbito do direito do trabalho. Assim, a duração do trabalho e o seu efetivo controle merecem uma atenção especial.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, bem como as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista e a Lei de Liberdade Econômica sobre o registro de exceção da duração da jornada. Já o objetivo específico é verificar se o uso do registro de exceção da duração da jornada viola os direitos fundamentais.

O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio do qual se partirá de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias aos problemas apresentados, submetendo-as a uma análise de falseamento, de modo a acolhê-las ou rejeitá-las. Cada hipótese será relativa à violação ou não dos direitos fundamentais ao se aplicar o registro de exceção da duração da jornada. Os métodos de procedimento serão o histórico, comparativo e estatístico, já o método de interpretação será o sociológico. A pesquisa se valerá de fontes bibliográficas e documentais.

1. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (GRANDE SECÇÃO) – PROCESSO C-55/18:

CONFEDERAÇÃO SINDICAL DE COMISSÕES DE OBREIROS VS. DEUTSCHE BANK, S.A.E.¹

O v. acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) – Processo C-55/18 – tem como origem um litígio coletivo na Espanha, proposto em 26 de julho de 2017, tendo como autora a Confederação Sindical de Comissões de Obreiros e réu/Empregador Deutsche Bank, S.A.E.

A Autora/Confederação Sindical requereu que o réu/Empregador adotasse um sistema para registrar as horas de trabalho diárias dos trabalhadores. Deste modo, seria possível: (i) a comprovar o cumprimento dos horários de trabalho pactuados e (ii) cumprir a obrigação de comunicar os representantes sindicais sobre as horas extras realizadas mensalmente pelos trabalhadores.

Por sua vez, o réu/Empregador afirmou que a lei espanhola não estabelecia qualquer obrigação de registrar a jornada efetivamente trabalhada. Esclareceu que possui um aplicativo de computador (*absences calendar*) que permite registrar unicamente as faltas de um dia inteiro, como férias ou outras licenças. Todavia, o sistema não possibilita o registro de horário efetivo de trabalho de cada trabalhador e o número de horas extras trabalhadas.

A Audiência Nacional especificou que a jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha - Acórdãos nº 246/2017, de 23 de março de 2017 (Rec. 81/2016), e nº 338/2017, de 20 de abril de 2017 (Rec. 116/2016) artigo 35º, nº 5, do Estatuto dos Trabalhadores - impõe, salvo convenção em contrário, unicamente a manutenção de um registo para as horas extraordinárias realizadas pelos trabalhadores e a comunicação aos seus representantes.

¹ O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia poderá ser lido na íntegra nesse link http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=214043&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=1%E2%80%A6

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha está fundamentada em 06 (seis) preceitos:

(i) a obrigação de manutenção de um registo está prevista no artigo 35º do Estatuto dos Trabalhadores, que diz respeito às horas extraordinárias, e não no artigo 34º desse Estatuto, que diz respeito ao tempo de trabalho «normal», definido como o tempo de trabalho que não excede a duração máxima do trabalho.

(ii) sempre que o legislador espanhol pretendeu impor o registo do tempo de trabalho prestado, previu-o especificamente, como no caso dos trabalhadores a tempo parcial e dos trabalhadores móveis, da marinha mercante ou ferroviários.

(iii) o artigo 22º da Diretiva 2003/88 impõe, tal como o direito espanhol, a obrigação de manter um registo do tempo de trabalho prestado em casos especiais, e não a de manter um registo do tempo de trabalho «normal».

(iv) a implementação de um registo do tempo de trabalho prestado por cada trabalhador implica o tratamento de dados pessoais, com o risco de uma ingerência injustificada da empresa na vida privada dos trabalhadores.

(v) a não manutenção desse registo não é considerada uma violação clara e manifesta nas normas nacionais relativas às infrações e sanções em matéria social.

(vi) não há violação aos direitos dos trabalhadores na medida em que o artigo 217º, nº 6, da Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Lei do Processo Civil 1/2000), de 7 de janeiro de 2000 (BOE nº 7, de 8 de janeiro de 2000, p. 575), não permite presumir que foram realizadas horas extraordinárias quando não haja um registo do tempo de trabalho «normal», mas é, no entanto, desfavorável à entidade patronal que não tenha procedido a esse registo quando o trabalhador prove por outros meios que realizou essas horas extraordinárias.

O TJUE ao analisar o caso afirmou que a interpretação do direito espanhol pelo Tribunal Supremo dificulta com que os

trabalhadores tenham um meio de prova essencial para comprovar o tempo efetivamente trabalhado. Além disso, os representantes dos trabalhadores não conseguem fiscalizar o cumprimento do tempo de trabalho e dos períodos de descanso.

Para o TJUE, o direito nacional espanhol não está em condições de garantir o cumprimento efetivo das obrigações previstas pela Diretiva 2003/88, no que diz respeito aos períodos mínimos de descanso e à duração máxima do tempo de trabalho semanal, bem como, no que diz respeito aos direitos dos representantes dos trabalhadores, das obrigações decorrentes da Diretiva 89/391.

Os artigos 3º, 5º, 6º, 16º e 22º da Diretiva 2003/88, c/c o artigo 4º, nº 1, o artigo 11º, nº 3, e o artigo 16º, nº 3, da Diretiva 89/391, bem como o artigo 31º, nº 2, da Carta, proíbem com que um Estado-Membro não imponha aos empregadores a obrigação de estabelecer um sistema que permita medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador.

O controle do tempo efetivamente laborado, visa garantir uma melhor proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores, permitindo-lhes beneficiar de períodos mínimos de descanso — diário e semanal — e de períodos de pausa adequados, prevendo um limite máximo para a duração do tempo de trabalho.

Assim, os dispositivos da Diretiva 2003/88, obrigam os Estados-membros a tomarem as medidas necessárias para que todos os trabalhadores se beneficiem de um período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas por cada período de 24 horas e, por cada período de 07 dias de um período mínimo de descanso ininterrupto de 24 horas às quais se adicionam as 11 horas de descanso diário.

Dessarte, é importante destacar que o trabalhador, via de regra, é a parte mais fraca na relação de trabalho, sendo necessário impedir que o empregador possa impor uma restrição dos seus direitos. Logo, segundo o TJUE a prova testemunhal não pode ser considerada, por si só, um meio de prova eficaz,

suscetível de garantir um respeito efetivo dos direitos em causa, uma vez que os trabalhadores podem se mostrar reticentes em testemunhar contra a sua entidade patronal por receio de que esta tome medidas que possam afetar a relação de trabalho em seu detrimento.

Em consequência, para assegurar o efeito útil dos direitos previstos pela Diretiva 2003/88 e do direito fundamental consagrado no artigo 31º, nº 2, da Carta, os Estados-Membros devem impor às entidades patronais a obrigação de estabelecer um sistema objetivo, fiável e acessível que permita medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador.

O v. acórdão do TJUE afastou, ainda, o argumento do governo espanhol de que a criação desse sistema poderia implicar custos para as entidades patronais, já que a Diretiva 2003/88, afirma que a proteção eficaz da segurança e da saúde dos trabalhadores não pode ser subordinada a considerações puramente económicas.

Assim sendo, em 14 de maio de 2019 o TJUE com fundamento nos artigos 3º, 5º e 6º da Diretiva 2003/88, c/c o artigo 31º, nº 2, da Carta, bem como do artigo 4º, nº 1, do artigo 11º, nº 3, e do artigo 16º, nº 3, da Diretiva 89/391, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que, segundo a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência nacional, não impõe às entidades patronais a obrigação de estabelecer um sistema que permita medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador.

2. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE O REGISTRO DE EXCEÇÃO DA DURAÇÃO DA JORNADA, A REFORMA TRABALHISTA E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

A CLT trouxe no Capítulo II o regramento “Da duração do trabalho”, sendo que na Seção V “Do quadro de horário”

constou inicialmente o artigo 74, §1º, 2º e 3º com a seguinte redação:

Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 2º Para os estabelecimentos de mais de dez empregados, será obrigatória a anotação da hora de entrada e saída, em registros mecânicos, ou não, devendo ser assinalados os intervalos para repouso.

§ 3º - Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo.

O §2º do artigo 74 da CLT foi alterado pela Medida Provisória 89/1989 que foi convertida pela Lei 7.855/1989 passando a ter a seguinte redação:

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Como se vê, a legislação brasileira previu a obrigatoriedade para os estabelecimentos com mais de 10 trabalhadores “a anotação da hora de entrada e saída”, podendo ser em “registro manual, mecânico ou eletrônico”.

O Tribunal Superior do Trabalho até a entrada em vigor da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) possuía posicionamento pacífico de que a jornada de trabalho dos empregados deveria ser integralmente registrada. Ou seja, até então, o posicionamento que prevalecia na jurisprudência trabalhista brasileira era de que o acordo individual e até mesmo a norma coletiva seriam inválidos quando houvesse dispensa da marcação da jornada de trabalho dos empregados, adotando registros de ponto

apenas por exceção, nas ocasiões em que os horários de entrada ou de saída não observassem o pactuado.

Os fundamentos utilizados pela mais alta corte trabalhista brasileira para invalidar os acordos individuais e as normas coletivas eram de que (i) o art. 74, § 2º, da CLT é norma cogente prevendo expressamente que, nos estabelecimentos com mais de 10 (dez) trabalhadores, é obrigação do empregador efetuar o controle de jornada²; (ii) a duração e controle da jornada de trabalho são normas de ordem pública concernente à fiscalização do trabalho por parte do Estado, infensa, portanto, à negociação coletiva³; (iii) a flexibilização das relações trabalhistas somente serão possíveis em situações expressamente previstas na Constituição Federal (artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal) e desde que não haja violação ao núcleo mínimo de direitos fundamentais trabalhistas constitucionalmente assegurados⁴; e (iv) ao se adotar o sistema de registros apenas dos excessos de horários, na realidade, está-se retirando totalmente o controle de jornada ou se admitindo a adoção de folhas de frequência uniformes, sem nenhuma variação de horários, o que viola a Súmula 338, item III do TST⁵;

² TST, Ag-AIRR - 228100-92.2009.5.02.0063, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 15/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/04/2015; TST, ARR - 114-30.2011.5.01.0056, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/03/2016.

³ TST, Processo nº ARR-94200-55.2004.5.02.0332, 2ª Turma, Ministra Relatora Maria Helena Mallmann, DJE: 28/10/2016; TST, RR - 15500-68.2008.5.01.0036, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 11/09/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/09/2013.

⁴ TST-ARR- 114-30.2011.5.01.0056, 2ª Turma, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, DEJT 04/03/2016.

⁵ *SUM-338/JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA* (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada

A Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe como uma de suas premissas a prevalência do negociado sobre o legislado. O artigo 611-A, inciso X da CLT reflete bem essa vontade do legislador ao fixar que:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

Neste sentido, após a vigência da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) o Tribunal Superior do Trabalho modificou o seu entendimento passando a permitir a validade do sistema de controle alternativo – cartão ponto por exceção – quando previsto em norma coletiva. Os fundamentos utilizados para validar o controle de horário quando apenas se trabalhar em jornada extraordinária tem como fundamento (i) o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, sendo um dever da Justiça do Trabalho o incentivo e a garantia do cumprimento das decisões tomadas a partir da autocomposição coletiva, desde que formalizadas nos limites da lei; (ii) a negociação coletiva, possibilita o atendimento das particularidade e especificidades de cada caso; (iii) na negociação coletiva, os entes coletivos atuam em igualdade de condições, o que torna legítimas as condições de trabalho por eles ajustadas; (iv) as normas coletivas devem prevalecer sobre o padrão heterônomo justtrabalhista, já que a transação realizada em autocomposição privada resulta de uma ampla discussão havida em um ambiente paritário, no qual as perdas e ganhos recíprocos têm presunção de comutatividade; (v) a forma de marcação da jornada de trabalho não se insere no rol

pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

de direitos indisponíveis, de modo que não há qualquer óbice na negociação para afastar a incidência do dispositivo que regula a matéria, com o fim de atender aos interesses das partes contratantes; (vi) o artigo 611-A, X, da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/2017, autoriza a prevalência das normas coletivas que disciplinam a modalidade de registro de jornada de trabalho em relação às disposições da lei⁶ e (vii) o art. 74, §2º, da CLT, ao atribuir ao empregador a obrigação de formar prova pré-constituída a respeito da jornada de trabalho de seus empregados, possui natureza eminentemente processual, não se tratando, portanto, de matéria de ordem pública.⁷

Não obstante a isto, a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) incluiu o §4º no artigo 74 da CLT permitindo a “utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”. Logo, a legislação infraconstitucional possibilitou de forma expressa o registro da duração da jornada apenas quando houver horas extras podendo isso ser acordado não só por norma coletiva, mas também por acordo individual entre as partes.

3. ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO TJUE E DO TST

A decisão proferida pelo TJUE no caso envolvendo a Confederação Sindical de Comissões de Obreiros vs. Deutsche Bank obrigou a Espanha a modificar a sua legislação sobre o registro de horário. Desta maneira, em 12 de maio de 2019 entrou em vigor o Real Decreto que regulamentou "o horário

⁶ TST, Processo: RR - 2016-02.2011.5.03.0011, Órgão Judicante: 4ª Turma, Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT: 11/10/2018; TST, Processo nº 80700-33.2007.5.02.0261, 4ª Turma, Ministro Relator Caputo Bastos, DJE: 26/10/2018.

⁷ TST-AIRO-277- 95.2015.5.17.0000, SDC, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, red. p/ acórdão Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, 8.4.2019 – Informativo TST nº 194.

específico de início e fim" do trabalho, bem como possibilitou o acesso dos registros da jornada ao interessado, sindicatos e a Inspeção Trabalhista para o controle de possíveis abusos e irregularidades.

Antes da vigência do Real Decreto, segundo a *Encuesta de Población Activa (EPA)*, mais da metade dos empregados trabalhavam em jornadas semanais superiores a 40h - o que representava 5,7 milhões de horas extraordinárias -, sendo que, destes 48% não recebiam pelas horas extras realizadas⁸. Ou seja, 2,6 milhões não recebiam pelas horas extras trabalhadas e no final de 2015 esse número chegou a 3,5 milhões. Tal fato, segundo o governo espanhol, prejudica a renda dos trabalhadores e, por meio de contribuições, também a da Previdência Social e o Fisco. Além disso, o poder de compra dos trabalhadores diminui afetando o mercado de consumo e a economia como um todo.

Fortaleza (2020) ao analisar os primeiros impactos sobre a vigência do Real Decreto do governo espanhol apontou que nos primeiros meses de implementação ficou constatado que houve diminuição das horas extras não pagas. Ressalta-se que um dos motivos para que houvesse a diminuição das horas extras não pagas, foi a própria queda das jornadas extraordinárias. Isto porque, os empregadores atentos para a diminuição dos custos estão fazendo uso de tecnologias para controlar o registo de horário dos trabalhadores. Logo, as jornadas extraordinárias só ocorrem quando autorizadas pelos seus superiores.

Outra consequência trazida pelo Real Decreto foi um maior rigor dos empregadores nos horários de entrada e saída dos trabalhadores em substituição a política de tolerância e

⁸ GÓMEZ, Manuel V. *Llega el registro horario: su empresa tiene que apuntar cuándo entra y cuándo sale. ¿Cómo le afecta?*: todas las compañías deberán contabilizar la jornada de sus empleados desde el domingo 12 de mayo. si no lo hacen, serán sancionadas. Todas las compañías deberán contabilizar la jornada de sus empleados desde el domingo 12 de mayo. Si no lo hacen, serán sancionadas. 2019. Disponível em: https://elpais.com/economia/2019/05/10/actualidad/1557485213_287287.html. Acesso em: 01 set. 2020.

flexibilidade que existia anteriormente (FORTALEZA, 2020). Há também uma recente decisão da Audiência Nacional que fixou o tempo destinado para um café ou para fumar um cigarro devem ser excluídos da contagem do tempo de efetivo trabalho. (FORTALEZA, 2020).

Ora, a decisão do TJUE impactou positivamente na vida dos trabalhadores e empregadores, pois a remuneração está correspondendo aquilo que efetivamente se trabalha. Nada a mais, nada a menos, mas o justo pelo número de horas daquilo que se trabalhou!

No que diz respeito a interpretação do TST sobre o cartão ponto por exceção, verifica-se uma clara mudança de posicionamento com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

O Brasil, diferentemente da Espanha, possui, como regra geral, em sua legislação, a obrigatoriedade de registrar a jornada efetivamente trabalhada, conforme o §2º do artigo 74 da CLT. No §3º do artigo 74 caso o empregado execute suas atividades “fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo”. Ou seja, os meios de tecnologia já possibilitam diversas formas de controle do horário de início e término da jornada. Não há mais a necessidade do empregado estar presente no estabelecimento do empregador para que o início e término da jornada e suas atividades sejam controladas.

Apesar disso, a Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) possibilitou com que o cartão ponto por exceção seja fixado não só por norma coletiva, mas até mesmo por acordo individual.

A doutrina ao analisar o registro ponto por exceção se divide em duas correntes: uma favorável e um contrária ao sistema.

A *primeira* delas, defendida por Silva e Bernardes (pág.

34, 2020), afirma que “as normas sobre registro de jornada de trabalho, em função de seu caráter material, têm eficácia imediata, podendo ser aplicadas, quer aos novos contratos de trabalho, quer àqueles firmados anteriormente à vigência da nova lei”. A previsão, em norma coletiva, do registro ponto por exceção “prestigia a liberdade negocial e a boa-fé entre os envolvidos, assentando-se no secular brocardo jurídico segundo o qual o ordinário se presume, e o extraordinário se prova” (SILVA; BERNARDES, pág. 35, 2020). O artigo 611-A, inciso X da CLT passou a admitir expressamente que a negociação coletiva verse sobre o sistema de controle da jornada de trabalho, bem como o artigo 611-A da CLT fixou que as “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo” (SILVA; BERNARDES, pág. 36, 2020). O artigo 74, §4º da CLT “tem o objetivo de desburocratizar e simplificar a documentação das relações de trabalho” (SILVA; BERNARDES, pág. 36, 2020). Caso a questão seja judicializada o “ônus da prova das horas extraordinárias passa a ser do trabalhador” (SILVA; BERNARDES, pág. 37, 2020).

A *segunda* corrente representada por Pritsch, Junqueira e Maranhão (2019) entende pela inconstitucionalidade do cartão ponto por exceção argumentando ser humanamente impossível não existir variação de horário na entrada e saída do trabalho o que gerará discussões judiciais. O empregador perderá a oportunidade de documentar de forma fidedigna a jornada, ainda mais quando o relógio de ponto eletrônico for certificado pelo INMETRO (Portaria 1.510 do MTE). O registro de horário realizado de maneira correta possui presunção de validade, traz segurança jurídica aos envolvidos e evita a judicialização (PRITSCH; JUNQUEIRA; MARANHÃO, 2019). No acordo individual o empregado, via de regra, ocupa uma situação de vulnerabilidade e dificilmente irá se opor ao registro ponto por exceção. (PRITSCH; JUNQUEIRA; MARANHÃO, 2019). A utilização

do registro ponto por exceção esvazia o disposto no artigo 7, incisos XIII e XVI da Constituição Federal o que viola *cláusula pétrea*, representando um retrocesso social.

A origem do direito do trabalho está intimamente ligada a limitação da duração da jornada de trabalho (MELO, pág. 169, 2019). Diante disto, Melo (pág. 171, 2019) ao analisar os avanços tecnológicos, a duração da jornada e o mercado de trabalho afirma que:

“O excesso de conectividade nas relações de trabalho está ligado diretamente ao *volume* e à *duração do labor* a ser desenvolvido diariamente. A cultura de trabalho também mudou. *Espera-se que o trabalhador, cada vez mais, esteja à disposição do tomador de serviços*. Os meios informatizados – vinculados à uma atividade de trabalho – ainda que, potencialmente, possam estabelecer maior flexibilidade na rotina do trabalhador, ampliam, sobremaneira, a possibilidade de fiscalização do trabalho diário do mesmo.

Em termos práticos, a manutenção do emprego e o crescimento na carreira – em jogo de reengenharia e reestruturação – estão vinculados à habilidade do trabalhador colocar-se à disposição do empregador o maior espaço de tempo possível, em *verdadeiro sistema 24 horas por 7 dias da semana*. O empregado se destaca, o emprego pode ser mantido, mas a que custo para a saúde?

Neste cenário, o descanso e o direito a desligar-se do trabalho apresentam-se essenciais ao *bem estar físico e mental* do trabalhador, importando em sua qualidade de vida e saúde, sendo essencial até mesmo para a sua, produtividade, importando na defesa de vários direitos constitucionais conexos, como o direito à saúde, ao lazer e ao meio ambiente sadio. *Estas são algumas das razões pelas quais a Constituição Federal limitou a duração da jornada de trabalho (inc. XIII, art. 7º).*”

A limitação da jornada previsto no artigo 7º, inciso XIII da CF/88 tem como objetivo preservar outros direitos fundamentais: saúde, lazer e à vida em família (MELO, (pág. 173, 2019).

Diferentemente não é a interpretação de Malet e Fava (2013) ao analisar a finalidade do controle de tempo na relação de emprego:

“O controle do tempo gasto no trabalho tem finalidades (a)

higiênicas, garantindo, com a concessão de descansos regulares, a preservação da saúde do trabalhador, (b) econômicas, eis que sem intervalos razoáveis entre os turnos de trabalho, os trabalhadores não teriam como aplicar seus salários e movimentar a economia, e (c) sociais, porque o convívio com parentes, amigos e familiares constitui fator importante de desenvolvimento do homem e não poderia ser usufruído se não houvessem limites para as horas de trabalho. Constitui tempo de trabalho, nos termos do art. 4º, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, não somente o período em que o empregado exerce suas funções como, igualmente, aquele em que se encontra à disposição do empregador, ainda que aguardando ordens ou instruções. (...) Os períodos de repouso, inclusive intervalos, normalmente não constituem tempo de trabalho (CLT, art. 71, § 2º), salvo previsão legal diversa, como ocorre em certos casos (CLT, art. 72). Intervalos não previstos em lei, concedidos voluntariamente pelo empregador, constituem tempo de trabalho (Súmula 118 do TST) e serão levados em conta, portanto, para a delimitação do período máximo de trabalho”.

Coutinho (2013) ao analisar os direitos dos trabalhadores elencados no artigo 7º da CF/88 afirma que a sociedade está em constante transformação, buscando-se “em um processo contínuo a melhoria da condição social”.

Sarlet e Goldschmid (pág. 29, 2015) entendem que o artigo 7º, *caput*, da CF/88 abre o catálogo exemplificativo e básico de direitos fundamentais trabalhistas, agregando materialmente no seu bojo, outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador. Neste sentido, o artigo 7 da CF/88 ao estabelecer que outros direitos poderão ser agregados juntamente com os princípios da proteção, da aplicação e interpretação da norma mais benéfica, fazem concluir que a legislação infraconstitucional não poderá incidir para prejudicar a condição social do trabalhador. (SARLET; GOLDSCHMID, pág. 31, 2015)

Assim sendo, não restam dúvidas que o controle de horário efetivamente trabalhado é um direito fundamental que não pode ser suprimido, pois proporciona recomposição da saúde física e mental do empregado, possibilitando o convívio familiar e social, viabilizando o gozo ao lazer, todos direitos

fundamentais preconizados no art. 6º da CF. A observância de tais direitos, refletem na economia e no mercado consumidor, fazendo com que haja circulação de riquezas em consonância com o artigo 170 da CF/88.

CONCLUSÃO

A opção do cartão ponto por exceção viola o princípio da transparência, dificultando com que os trabalhadores tenham um meio de prova fidedigno. A dificuldade se estende aos órgãos de fiscalização como auditores do trabalho, procuradores do Ministério Público do Trabalho e entidades Sindicais prejudicando a eficácia dos direitos sociais.

A inexistência de um registo de horário prejudica a segurança e saúde dos trabalhadores, pois possibilita que os períodos mínimos de descanso dos intervalos interjornada e intrajornada não sejam respeitados. Há dificuldade em saber se o empregado é pontual na sua jornada diária, se há assiduidade e qual o período em que houve férias.

No Brasil, assim como na Espanha, os trabalhadores possuem receio em depor como testemunha em juízo, ainda mais sem qualquer garantia de emprego.

Não há que se falar em desburocratização, pois a empresa deverá manter um sistema para controlar as horas extraordinária. Logo, inexistente motivo plausível para também não fazer a contagem das horas ordinariamente trabalhadas. Os meios tecnológicos existentes no mercado possibilitam uma gestão segura sobre os horários de início e término da jornada.

Por fim, vive-se em uma sociedade cada vez mais globalizada o que faz com que as relações de trabalho sejam cada vez mais uniforme. A legislação brasileira ao adotar uma sistemática expressamente vedada pelo TJUE poderá prejudicar as relações comerciais, sob a alegação de concorrência desleal por violação aos direitos fundamentais. Logo, seja pelo que foi

decidido pelo TJUE ou pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, entende-se que o registro de ponto por exceção é manifestamente inconstitucional.



REFERÊNCIAS

- COUTINHO, Adaley Rachid. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. [Epub].
- FORTALEZA, Jesus Lahera. *La ironia del registro horario: el deber legal de registrar la jornada laboral está intensificando el control de los trabajadores por parte de las empresas*. 2020. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2020-03-06/la-ironia-del-registro-horario.html>. Acesso em: 01 set. 2020.
- GÓMEZ, Manuel V; ARANDA, José Luis. *Así es la reforma del Gobierno para que los trabajadores fichen (y las empresas paguen las horas extra): el ejecutivo aprueba un decreto con la normativa para el registro de jornada laboral*. El Ejecutivo aprueba un decreto con la normativa para el registro de jornada laboral. 2019. Disponível em: https://elpais.com/economia/2019/03/07/actualidad/1551981363_736345.html. Acesso em: 01 set. 2020.
- GÓMEZ, Manuel V. *Llega el registro horario: su empresa tiene que apuntar cuándo entra y cuándo sale. ¿Cómo le*

afecta?: todas las compañías deberán contabilizar la jornada de sus empleados desde el domingo 12 de mayo. si no lo hacen, serán sancionadas. Todas las compañías deberán contabilizar la jornada de sus empleados desde el domingo 12 de mayo. Si no lo hacen, serán sancionadas. 2019. Disponível em: https://elpais.com/economia/2019/05/10/actualidad/1557485213_287287.html. Acesso em: 01 set. 2020.

- MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Art. 7º, XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. [Epub].
- MELO, Sandro Nahmias. XIII- Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. In: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (org.). *Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6 a 11):: uma homenagem aos 30 anos da constituição da república e aos 40 anos da academia brasileira de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2019. p. 169-181.
- PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. *Ponto por exceção aprovado pelo Congresso na MP da liberdade econômica*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-24/opiniao-ilegalidades-ponto-excecao-aprovado-congresso?imprimir=1>. Acesso em: 04 dez. 2020.
- ROSAL, Pedro del. *El berenjenal de controlar los horarios de la plantilla con la nueva norma*. 2020. Disponível em:

- https://elpais.com/economia/2019/04/12/actualidad/1555078041_136036.html. Acesso em: 01 set. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang; GOLDSCHMID, Rodrigo. A assim chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais: uma proposta de aplicação às relações de trabalho no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 17, n. 17, p. 25-42, 2015. Janeiro/junho.
- SILVA, Bruno Freire e; BERNARDES, Felipe. Controle de jornada de trabalho: registro de ponto por exceção e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 86, n. 1, p. 27-43, jan./mar. 2020.
- TORRECILLA, Eduardo Rojo; COLOMINAS, David Gutiérrez. La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Madrid, v. 3, p. 1-9, 2019. Mensal. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000424. Acesso em: 01 set. 2020.