LTr®

SUPLEMENTO TRABALHISTA

136/10

ALTERAÇÕES NO SISTEMA ELETRÔNICO DO CONTROLE DE JORNADA — PORTARIA N. 1.510/09 — AVANÇO OU RETROCESSO? — EXIGIBILIDADE E NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO

Bianca Neves Bomfim (*)

Portaria n. 1.510 de 2009 — alterações no sistema eletrônico de controle de jornada

A Portaria n. 1.510 do Ministério do Trabalho, publicada em 21 de agosto de 2009, alterou consideravelmente o sistema eletrônico de controle de jornada dos trabalhadores, gerando a necessidade de adaptação para todas as empresas que terão que se adequar às novas exigências.

Os registros de ponto manual, mecânico e eletrônico, atualmente, são regulados, de forma simples e eficiente, pelas Portarias n. 3.626/1991 e 1.121/1995.

A Portaria n. 1.510/2009, que trata exclusivamente do ponto eletrônico, busca viabilizar maior precisão na aferição do registro da jornada de trabalho, ao adotar as seguintes exigências quanto ao controle eletrônico de jornada:

- Cria requisitos para a validade do equipamento de Registro de Ponto Eletrônico — REP;
- Proíbe todo tipo de restrição à marcação de ponto, marcações automáticas e alteração dos dados registrados no REP;
- Veda o uso de computador e dos atuais relógios de ponto;
- Cria a obrigatoriedade de emissão de comprovante da marcação a cada registro efetuado pelo trabalhador no REP;
- Estabelece requisitos para o programa que fará o tratamento dos dados oriundos do REP, chamado Sistema de Registro Eletrônico de Ponto — SREP.

Com efeito, a Portaria 1.510 impõe alterações para o sistema de controle de jornada, na seguinte forma, *in verbis:*

"Art. 7º O REP deverá prover as seguintes funcionalidades:

I — marcação de Ponto, composta dos seguintes passos:

a) receber diretamente a identificação do trabalhador, sem interposição de outro equipamento;

b) obter a hora do Relógio de Tempo Real;

c) registrar a marcação de ponto na MRP; e

d) imprimir o comprovante do trabalhador.

...

Art. 10. O REP deverá atender aos seguintes requisitos:

I — não permitir alterações ou apagamento dos dados armazenados na Memória de Registro de Ponto;

II — ser inviolável de forma a atender aos requisitos do art. 2º;

(*) Bianca Neves Bomfim é Advogada.

III — não possuir funcionalidades que permitam restringir as marcações de ponto;

IV — não possuir funcionalidades que permitam registros automáticos de ponto; e

V — possuir identificação do REP gravada de forma indelével na sua estrutura externa, contendo CNPJ e nome do fabricante, marca, modelo e número de fabricação do REP.

Parágrafo único. O número de fabricação do REP é o número exclusivo de cada equipamento e consistirá na junção sequencial do número de cadastro do fabricante no MTE, número de registro do modelo no MTE e número série único do equipamento.

Art. 11. Comprovante de Registro de Ponto do Trabalhador é um documento impresso para o empregado acompanhar, a cada marcação, o controle de sua jornada de trabalho, contendo as seguintes informações:

I — cabeçalho contendo o título "Comprovante de Registro de Ponto do Trabalhador";

II — identificação do empregador contendo nome, CNPJ/CPF e CEI, caso exista;

III — local da prestação do serviço;

IV — número de fabricação do REP;

V — identificação do trabalhador contendo nome e número do PIS;

VI — data e horário do respectivo registro; e

VII — NSR.

...

Art. 21. O REP deve sempre estar disponível no local da prestação do trabalho para pronta extração e impressão de dados pelo Auditor-Fiscal do Trabalho.

Art. 22. O empregador deverá prontamente disponibilizar os arquivos gerados e relatórios emitidos pelo "Programa de Tratamento de Dados do Registro de Ponto" aos Auditores-Fiscais do Trabalho."

Segundo as instruções da Portaria 1.510, o sistema de controle não permitirá posterior alteração ou pré-assinalação de horários, determinando a adoção de equipamentos com tecnologia específica, que emitirão uma guia ao funcionário a cada entrada e saída da empresa.

Portaria n. 1.510: avanço ou retrocesso?

A finalidade precípua da alteração do sistema de controle de frequência foi, certamente, viabilizar a redução ou mesmo a supressão da possibilidade de adulteração ou fraude dos controles.

Não obstante, a medida não representará grande avanço nesse sentido. Basta observar que as empresas que adotavam a prática de manipular o registro de horário de seus empregados poderão continuar a fazê-lo, solicitando que estes marquem o controle e continuem a trabalhar.

Ademais, a ação trabalhista constitui um importante mecanismo à disposição dos trabalhadores para cobrança de qualquer direito trabalhista, dentre eles, as horas extras.

Na esfera trabalhista, vige o princípio da primazia da realidade, o qual preconiza que, no caso concreto, deve prevalecer a realidade fática, demonstrada nos autos, sobrepondo-se, inclusive, em relação a eventuais documentos apresentados no processo.

O princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador do estado de sujeição permanente, em que se encontra, durante o contrato de trabalho, uma vez que o empregado pode, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos que não correspondam à realidade[1].

Por conseguinte, o novo sistema de controle estabelecido pelo Ministério do Trabalho e Emprego não atenderá à sua finalidade de evitar ou reduzir a possibilidade de fraude ou manipulação do controle de jornada e muito menos reduzirá o debate acerca da jornada trabalhada, perante o Judiciário.

Diante de tais circunstâncias, indaga-se acerca da validade das referidas alterações e das consequências de eventual inobservância das regras, ora tratadas. Dessa forma, é necessário fazer alguns esclarecimentos.

O art. 74, parágrafo 2º da CLT, imputa ao empregador que possuir mais de dez empregados por estabelecimento, a obrigação de manter registro, formal e idôneo, de controle de horário. O controle de horário, determinado por lei, deve cumprir a sua dupla finalidade, quais sejam: viabilizar o controle, pela empresa, das jornadas e horas trabalhadas, por seus funcionários, e permitir que o empregado verifique se o seu salário corresponde às horas efetivamente trabalhadas.

No entanto, os horários de entrada e retorno, do intervalo para refeição e repouso, não precisam ser anotados pelo empregado, bastando a mera indicação do período de descanso, no controle de horário (art. 74, § 2º, combinado com a Portaria n. 3.626/91 do MTPS).

---

(1) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. Ed. Niterói: Impetus, 2010 p.192.

SUPLEMENTO TRABALHISTA LTr
Reg. Div. Cens. Div. Públ. DPF nº 1658-p209/73 ISSN 15169146
REDAÇÃO: DIRETOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA - DET - SÃO PAULO 749
REDATOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO - DRT - SÃO PAULO 9.513
PROPRIEDADE DA LTr EDITORA LTDA.
www.ltr.com.br

Redação: Rua Jaguaribe, 571 — Fone/Fax (11) 2167-1101
e-mail: redacao@ltr.com.br — CEP 01224-001 — São Paulo - SP
Vendas: Rua Jaguaribe, 571 — Fone/Fax: (11) 2167-1101
CEP 01224-001 — São Paulo — SP

Composição: Linotec — (11) 3208-9121
Impressão: Editora Gráficos Unidas
Rua Bueno de Andrade, 218 — (11) 3208-4321

A lei admite três tipos de registro de horário, a saber: manual, mecânico e eletrônico, mas a jurisprudência, diante das inovações tecnológicas, já tem admitido novas formas de controlar o horário de trabalho.

A pedra de toque, no que se refere à validade do controle, é a possibilidade de se aferir efetivamente a jornada trabalhada e, se o mesmo serve de prova no caso de uma eventual ação trabalhista, sendo certo que qualquer registro de frequência pode ser afastado por prova em contrário.

Os registros mecânicos ou eletrônicos devem ser assinados pelos empregados, para que sejam reputados idôneos ou fidedignos.

Por conseguinte, a sujeição da validade dos controles de frequência ao sistema estabelecido na Portaria n. 1.510/2009, importa em medida abusiva do Poder Executivo, ao estabelecer normas que violam o princípio da razoabilidade, na forma a seguir.

Exigibilidade e necessidade de adaptação

Há um sério compromisso por parte de quem elabora as leis. A feitura de eventuais regramentos que possam ferir princípios consagrados pela sociedade deve ser evitada.

A falta de razoabilidade e proporcionalidade agride ao devido processo legal, em seu sentido material: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal" (CF, 5º, LIV).

Nesse sentido, vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal, observando que o princípio da razoabilidade veda os excessos normativos e as prescrições desarrazadas do Poder Público, conforme acórdão a seguir transcrito:

"*O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está, necessariamente, sujeita à rígida observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.* O princípio da proporcionalidade — que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* — acha-se vocacionado *a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público, no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do* substantive due process of law *(CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar, outorgada ao Estado, constitui atribuição jurídica, essencialmente limitada, ainda que momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo, meramente político ou discricionário do legislador.*" STF. ADI-MC — Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Processo: 1407 UF: DF — Distrito Federal. Fonte: DJ 24.11.2000 p. 00086. Relator: Celso de Mello.

Outrossim, o art. 2º da Lei n. 9.784/99, determina que "*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da* legalidade, finalidade, motivação, *razoabilidade, proporcionalidade,* moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Nas precisas palavras do Ilustre Professor Pedro Lenza:

"...o *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade,* em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; *precede e condiciona a positivação jurídica,* inclusive no âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de o direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

(...)

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:

— *necessidade*: por alguns denominada *exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto não se puder substituí-la por outra menos gravosa;*

— *adequação*: também chamado de *pertinência ou idoneidade,* quer significar que *o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;*

— *proporcionalidade em sentido estrito*: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar *se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supre a restrição a outros valores constitucionalizados.* Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição." (grifos nossos)(2)

Urge, ainda, destacar que, a proporcionalidade deve ser medida, não pelos critérios pessoais, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive.

Por conseguinte, as exigências estabelecidas na Portaria em comento violam o princípio da proporcionalidade, sob os enfoques da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, a publicação da Portaria não foi precedida do desejável diálogo social tripartite, que deve nortear qualquer alteração que tenha substancial repercussão nas relações de trabalho.

É possível antever indesejáveis impactos nas relações de trabalho, diante das exigências impostas pela Portaria 1.510 de 2009, do MTe, tais como:

- Gasto desnecessário na aquisição de equipamentos novos;
- Majoração do custo da aferição e processamento dos registros de ponto;

(2) LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 138.

- Retrocesso tecnológico com estímulo ao uso do ponto manual e mecânico;
- Prejuízos ao clima organizacional, com impacto nas relações de trabalho;
- Baixa efetividade, na tentativa de reduzir fraudes nos sistemas de controle de jornada;
- Criação de filas, promovendo um desconforto ao trabalhador (dependendo do número de funcionários, pode chegar à 40 horas por ano).

Empresas descentralizadas em pequenas bases locais de prestação de serviços serão oneradas de forma desproporcional com a aquisição dos novos equipamentos para cada base, tendo um maior custo para a manutenção do sistema, custo esse que, ao final, será suportado pelos consumidores finais.

De qualquer ângulo que se analise a questão, a alteração do sistema de registro de horário de trabalho representa um enorme retrocesso.

O custo dos equipamentos deverá ser elevado em razão das exigências tecnológicas, previstas na Portaria, e porque os poucos fornecedores não conseguirão atender à demanda no exíguo prazo concedido para tanto.

Nesse sentido, impende destacar que o Ministério do Trabalho, mediante a Portaria 1.987, ampliou o prazo para adaptação por parte das empresas para 11 de março de 2011, quando a fiscalização poderá atuar, autuar e multar empresas que não tiverem adequado o controle eletrônico de horário às novas exigências estabelecidas na Portaria n. 1.510 de 2009

Ademais, registre-se o retrocesso do ponto de vista ambiental se considerado o volume de papel gasto com cada trabalhador, uma vez que a cada entrada e saída será emitida uma guia em papel.

Nesse sentido, deve ser considerado que o atual sistema normalmente utilizado pelas empresas possibilita a consulta pelo trabalhador ou pela fiscalização, sempre que requeridos.

As micro e pequenas empresas poderão optar por voltar a utilizar os registros manuais ou mecânicos, em razão do alto custo do novo sistema de controle, na forma como estabelecido pela Portaria n. 1.510/2009.

Por conseguinte, a sujeição da validade dos controles de frequência ao sistema estabelecido na Portaria n. 1.510/2009, importa em medida abusiva do Poder Executivo, ao estabelecer normas que violam o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

As empresas que forem penalizadas pela fiscalização do trabalho, por não atenderem às novas exigências de registro de jornada no prazo legal, poderão apresentar recurso administrativo pretendendo afastar a aludida penalidade.

De toda sorte, a inobservância às regras em questão acarreta insegurança jurídica para a empresa que não conseguir se adaptar, em razão da possível desconsideração dos cartões eventualmente apresentados em ações judiciais.

Dessa forma, a empresa terá que apresentar outros elementos probatórios para demonstrar que pagava o salário correspondente à jornada efetivamente trabalhada.

Finalmente, registre-se que a Portaria não alterou as regras, válidas para o registro de horário de saída e retorno do intervalo para refeição e repouso. Portanto, permanecem as regras do parágrafo 2º do art. 74 da CLT e a Portaria n. 3.626/91 do MTPS.

O art. 74, § 2º da CLT estabelece o seguinte:

"*Art. 74 — O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comercio, 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.*

(...)

§ 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."

A Portaria 3.626/91 estabelece o seguinte:

Do Registro de Horário de Trabalho

Art. 13. *A empresa que adotar registros manuais, mecânicos ou eletrônico, individualizados de controle de horário de trabalho, contendo a hora da entrada e de saída,* bem como a pré-assinalação do período de repouso ou alimentação, *fica dispensada do uso de quadro de horário (art. 74 da CLT).*

A possibilidade de pré-assinalação do intervalo para refeição e repouso foi instituída para garantir aos empregados a possibilidade de usufruir o tempo integral do intervalo, ao longo da jornada.

Por conseguinte, a ser considerada válida a Portaria n. 1.510, há de ser ela interpretada de forma que continue a ser admitida a pré-assinalação dos intervalos, tendo em vista que a Portaria não pode extrapolar os limites legais, sob pena de violar o princípio da reserva legal.

Abordagem jurisprudencial sobre o tema

Sindicatos de diversas categorias vêm tentando obter decisões liminares concedidas em mandados de segurança coletivo, no sentido de suspender a exigibilidade das medidas estabelecidas na Portaria n. 1.510 de 2009, impedindo a atuação por parte da fiscalização do trabalho com relação às exigências ora tratadas.

Liminares já foram concedidas em mandados de segurança coletivos impetrados no Rio de Janeiro e em Porto Alegre.

O r. juízo da 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre concedeu a liminar, para que até 28.6.2011 não

A lei admite três tipos de registro de horário, a saber: manual, mecânico e eletrônico, mas a jurisprudência, diante das inovações tecnológicas, já tem admitido novas formas de controlar o horário de trabalho.

A pedra de toque, no que se refere à validade do controle, é a possibilidade de se aferir efetivamente a jornada trabalhada e, se o mesmo serve de prova no caso de uma eventual ação trabalhista, sendo certo que qualquer registro de frequência pode ser afastado por prova em contrário.

Os registros mecânicos ou eletrônicos devem ser assinados pelos empregados, para que sejam reputados idôneos ou fidedignos.

Por conseguinte, a sujeição da validade dos controles de frequência ao sistema estabelecido na Portaria n. 1.510/2009, importa em medida abusiva do Poder Executivo, ao estabelecer normas que violam o princípio da razoabilidade, na forma a seguir.

Exigibilidade e necessidade de adaptação

Há um sério compromisso por parte de quem elabora as leis. A feitura de eventuais regramentos que possam ferir princípios consagrados pela sociedade deve ser evitada.

A falta de razoabilidade e proporcionalidade agride ao devido processo legal, em seu sentido material: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal" (CF, 5º, LIV).

Nesse sentido, vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal, observando que o princípio da razoabilidade veda os excessos normativos e as prescrições desarrazadas do Poder Público, conforme acórdão a seguir transcrito:

"*O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está, necessariamente, sujeita à rígida observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.* O princípio da proporcionalidade — que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* — acha-se vocacionado *a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público, no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do* substantive due process of law *(CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar, outorgada ao Estado, constitui atribuição jurídica, essencialmente limitada, ainda que momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo, meramente político ou discricionário do legislador.*" STF. ADI-MC — Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Processo: 1407 UF: DF — Distrito Federal. Fonte: DJ 24.11.2000 p. 00086. Relator: Celso de Mello.

Outrossim, o art. 2º da Lei n. 9.784/99, determina que "*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da* legalidade, finalidade, motivação, *razoabilidade, proporcionalidade,* moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Nas precisas palavras do Ilustre Professor Pedro Lenza:

"...o *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade,* em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; *precede e condiciona a positivação jurídica,* inclusive no âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de o direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

(...)

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:

— *necessidade*: por alguns denominada *exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto não se puder substituí-la por outra menos gravosa;*

— *adequação*: também chamado de *pertinência ou idoneidade,* quer significar que *o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;*

— *proporcionalidade em sentido estrito*: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar *se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supre a restrição a outros valores constitucionalizados.* Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição." (grifos nossos)(2)

Urge, ainda, destacar que, a proporcionalidade deve ser medida, não pelos critérios pessoais, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive.

Por conseguinte, as exigências estabelecidas na Portaria em comento violam o princípio da proporcionalidade, sob os enfoques da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, a publicação da Portaria não foi precedida do desejável diálogo social tripartite, que deve nortear qualquer alteração que tenha substancial repercussão nas relações de trabalho.

É possível antever indesejáveis impactos nas relações de trabalho, diante das exigências impostas pela Portaria 1.510 de 2009, do MTe, tais como:

- Gasto desnecessário na aquisição de equipamentos novos;
- Majoração do custo da aferição e processamento dos registros de ponto;

(2) LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 14. Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 138.

- Retrocesso tecnológico com estímulo ao uso do ponto manual e mecânico;
- Prejuízos ao clima organizacional, com impacto nas relações de trabalho;
- Baixa efetividade, na tentativa de reduzir fraudes nos sistemas de controle de jornada;
- Criação de filas, promovendo um desconforto ao trabalhador (dependendo do número de funcionários, pode chegar à 40 horas por ano).

Empresas descentralizadas em pequenas bases locais de prestação de serviços serão oneradas de forma desproporcional com a aquisição dos novos equipamentos para cada base, tendo um maior custo para a manutenção do sistema, custo esse que, ao final, será suportado pelos consumidores finais.

De qualquer ângulo que se analise a questão, a alteração do sistema de registro de horário de trabalho representa um enorme retrocesso.

O custo dos equipamentos deverá ser elevado em razão das exigências tecnológicas, previstas na Portaria, e porque os poucos fornecedores não conseguirão atender à demanda no exíguo prazo concedido para tanto.

Nesse sentido, impende destacar que o Ministério do Trabalho, mediante a Portaria 1.987, ampliou o prazo para adaptação por parte das empresas para 11 de março de 2011, quando a fiscalização poderá atuar, autuar e multar empresas que não tiverem adequado o controle eletrônico de horário às novas exigências estabelecidas na Portaria n. 1.510 de 2009

Ademais, registre-se o retrocesso do ponto de vista ambiental se considerado o volume de papel gasto com cada trabalhador, uma vez que a cada entrada e saída será emitida uma guia em papel.

Nesse sentido, deve ser considerado que o atual sistema normalmente utilizado pelas empresas possibilita a consulta pelo trabalhador ou pela fiscalização, sempre que requeridos.

As micro e pequenas empresas poderão optar por voltar a utilizar os registros manuais ou mecânicos, em razão do alto custo do novo sistema de controle, na forma como estabelecido pela Portaria n. 1.510/2009.

Por conseguinte, a sujeição da validade dos controles de frequência ao sistema estabelecido na Portaria n. 1.510/2009, importa em medida abusiva do Poder Executivo, ao estabelecer normas que violam o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

As empresas que forem penalizadas pela fiscalização do trabalho, por não atenderem às novas exigências de registro de jornada no prazo legal, poderão apresentar recurso administrativo pretendendo afastar a aludida penalidade.

De toda sorte, a inobservância às regras em questão acarreta insegurança jurídica para a empresa que não conseguir se adaptar, em razão da possível desconsideração dos cartões eventualmente apresentados em ações judiciais.

Dessa forma, a empresa terá que apresentar outros elementos probatórios para demonstrar que pagava o salário correspondente à jornada efetivamente trabalhada.

Finalmente, registre-se que a Portaria não alterou as regras, válidas para o registro de horário de saída e retorno do intervalo para refeição e repouso. Portanto, permanecem as regras do parágrafo 2º do art. 74 da CLT e a Portaria n. 3.626/91 do MTPS.

O art. 74, § 2º da CLT estabelece o seguinte:

"Art. 74 — O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comercio, 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.

(...)

§ 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."

A Portaria 3.626/91 estabelece o seguinte:

Do Registro de Horário de Trabalho

Art. 13. *A empresa que adotar registros manuais, mecânicos ou eletrônico, individualizados de controle de horário de trabalho, contendo a hora da entrada e de saída,* bem como a pré-assinalação do período de repouso ou alimentação, *fica dispensada do uso de quadro de horário (art. 74 da CLT).*

A possibilidade de pré-assinalação do intervalo para refeição e repouso foi instituída para garantir aos empregados a possibilidade de usufruir o tempo integral do intervalo, ao longo da jornada.

Por conseguinte, a ser considerada válida a Portaria n. 1.510, há de ser ela interpretada de forma que continue a ser admitida a pré-assinalação dos intervalos, tendo em vista que a Portaria não pode extrapolar os limites legais, sob pena de violar o princípio da reserva legal.

Abordagem jurisprudencial sobre o tema

Sindicatos de diversas categorias vêm tentando obter decisões liminares concedidas em mandados de segurança coletivo, no sentido de suspender a exigibilidade das medidas estabelecidas na Portaria n. 1.510 de 2009, impedindo a atuação por parte da fiscalização do trabalho com relação às exigências ora tratadas.

Liminares já foram concedidas em mandados de segurança coletivos impetrados no Rio de Janeiro e em Porto Alegre.

O r. juízo da 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre concedeu a liminar, para que até 28.6.2011 não

haja autuação nem multa às empresas que atuam no comércio lojista de Porto Alegre, considerando haver violação a direito líquido e certo e a existência de justo receio à impossibilidade de adequação no prazo legal[3].

A liminar concedida pelo r. juízo da 1ª Vara do Trabalho da 1ª Região proferida em mandado de segurança coletivo[4] afastou até ulterior decisão de mérito a aplicabilidade da Portaria n. 1.510 de 2009, determinando que o Superintendente Regional do trabalho e a fiscalização se abstenha de autuar e multar as empresas que não se adequarem, ao fundamento de que a aludida Portaria viola o princípio da reserva legal ao estabelecer exigências não contidas na lei.

Na lição do Ilustre Professor José dos Santos Carvalho Filho:

"O que é *vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal: neste caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal*, previsto, como vimos, no art. 5º, II da CF.

Por via de consequência, *não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação*, seja qual for o nível de autoridade de onde se tenha originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, *criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos*. Haverá, nessa hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação de Poderes, insculpido no art. 2º da CF."[5]

Conclusão

As medidas impostas pela Portaria n. 1.510 de 2009 quanto ao sistema eletrônico de jornada, ao criar exigências desnecessárias e ineficazes, importam flagrante violação aos princípios da proporcionalidade e da reserva legal.

Com efeito, a Portaria n. 1.510 de 2009 representa grande retrocesso, ao onerar demasiadamente o empregador, custo esse que será repassado ao consumidor final; criar desconforto aos trabalhadores, sem que essa medida resulte em considerável diminuição da possibilidade de fraude dos controles de jornada.

De toda sorte, empresas que não conseguirem se adaptar, no prazo estabelecido, por ausência de oferta de sistemas de controle compatível com a demanda, poderão afastar eventuais penalidades aplicadas pela fiscalização do trabalho, se demonstrarem que não puderam cumprir às exigências em virtude da falta de sistemas de controle disponíveis para aquisição no mercado.

(3) MSCol 0000561-70.2010.5.04.0023; Impetrante: Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre/RS/SINDILOJAS; Impetrado: Superintendente Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul, Publ no DOU em 26.07.2010.

(4) MSCol 0000905-04.2010.5.01.0001; Impetrante: Sindicato da Indústria de Artefatos de Cimento Armado do Município do Rio de Janeiro; Impetrado: Superintendente Regional do Trabalho. Liminar concedida em 16.08.2010.

(5) CARVALHO FILHO, Manoel dos Santos. Manual do Direito Administrativo. 15 ed. rev. ampl e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.46-47.