

ENSAIO SOBRE O REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA APLICÁVEL AO TRABALHO DOMÉSTICO APÓS O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR 150/015.

Alda de Barros Araújo*

1- INTRODUÇÃO:

A primeira forma de divisão do trabalho nas sociedades primitivas ocorreu entre os dois sexos, sendo confiados à mulher a coleta de frutos e o cultivo da terra e aos homens a caça e a pesca. No Renascimento, segundo Alice Monteiro de Barros, o trabalho da mulher é confinado ao âmbito doméstico, entregues ao trabalho em domicílio que surge nos primórdios do Século XVI, para em seguida serem utilizadas, junto às crianças, como “meias-forças” durante o processo de industrialização na Europa.¹

O Brasil é o maior empregador doméstico no globo. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dos 52,6 milhões de trabalhadores domésticos no mundo (83% mulheres), 7,2 milhões são brasileiros, sendo composto em 93% por mulheres. Esses dados se referem o ano de 2012 e não incluem os trabalhadores com idade inferior a 15 anos, calculados em 7,4 milhões no ano de 2008.²

Os dados da OIT revelam que em escala mundial, 5,3 milhões de trabalhadores (10% do total) são abrangidos pela legislação trabalhista no mesmo nível que os demais empregados. A OIT estima que para 56,6% dos trabalhadores domésticos não há limite de horas semanais de trabalho, 44,9% não têm direito a folga semanal e 4,5% têm descanso semanal menos favorável do que os demais trabalhadores.

* Juíza Titular da 9ª Vara do Trabalho de Maceió-AL. Especialista em Direito Processual (UFAL), em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (FMN-PE) e em Economia do Trabalho e Sindicalismo (UNICAMP-SP).

¹ BARROS, Alice Monteiro. A Mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 1995, p.27-30.

² <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/mundo-tem-pelo-menos-52-milhoes-de-empregados-domesticos-diz-oit/>. Pesquisa em 10.02.2016, às 15h47min.

Trata-se de uma espécie de trabalho do mundo subdesenvolvido. Em termos numéricos, Ásia e Pacífico mantêm 21,4 milhões de trabalhadores domésticos, seguidos da América Latina e Caribe (em torno de 19 milhões), África (próximo a 5 milhões), países desenvolvidos - na classificação da OIT - (quase 3 milhões) e Oriente Médio (pouco mais de 2 milhões).³

Os dados apontam para o que já era conhecido de todos. Trata-se de um trabalho eminentemente feminino, desqualificado e predominante nas sociedades subdesenvolvidas ou em vias de desenvolvimento, o que representa a precariedade das relações e a manutenção da mulher em níveis sociais abaixo da maioria dos trabalhadores.

A Lei Complementar nº 72/2013, instituída com a pretensão de corrigir a desigualdade de tratamento conferida aos trabalhadores domésticos no sistema jurídico brasileiro, finalmente previu a limitação de jornada aos trabalhadores domésticos brasileiros nos mesmos moldes já previstos para os trabalhadores em geral.

O limite de jornada representa uma das mais básicas garantias trabalhistas e junto à garantia de salário, constituem os pilares da luta dos trabalhadores pela melhoria de sua condição social. Segundo Délio Maranhão e Luiz Inácio Carvalho, “a luta pela diminuição da jornada de trabalho é a luta humana pela vida e a luta por uma vida humana.”⁴

Não obstante ser a redução de jornada um dos pontos cardeais da luta dos trabalhadores desde a passagem do feudalismo para o capitalismo no Século XIX, trata-se de garantia pouco afeta aos trabalhadores domésticos no mundo.

Até o momento, o discurso dominante entre os empregadores ainda é no sentido da impossibilidade de controle de jornada, o que reflete basicamente a inconveniência da limitação da jornada para essa categoria, eis que manter um empregado o tempo inteiro à disposição sempre foi muito mais cômodo ao empregador. Sem dúvida alguma, a imagem da mucama servicial à disposição durante todo o dia e até altas horas da noite ainda é o reflexo das relações de trabalho doméstico no Brasil, fruto de sua origem escravocrata, tendo a nova disciplina legal a árdua missão de modificar essa realidade.

A Lei Complementar nº 150/2015, que regulamenta a Emenda Constitucional 72/2013, ratifica a limitação de jornada aos termos já previstos no art. 7º, XIII, da

³ Idem.

⁴ MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luiz Inácio B. Direito do Trabalho. 17ª Ed. Rio de Janeiro. Editora da Fundação Getulio Vargas, 1993, p.99.

CRFB/88 e prevê algumas modalidades de compensação de jornada. Adota o banco de horas, com possibilidade de compensação ou ajuste anual, prevê a compensação mensal, cria uma espécie de compensação decorrente do trabalho em viagens e mantém a possibilidade de compensação semanal e quinzenal.

Registra-se que toda a análise vindoura terá como lastro as diretrizes traçadas na Lei Complementar nº 150/2015, que traz a disciplina completa para as relações de trabalho doméstico no Brasil.

O objetivo deste artigo é traçar algumas linhas sobre as diversas formas de compensação previstas no novel diploma legal, sem qualquer pretensão de exaurimento da matéria, sem a investigação de outros institutos específicos previstos na lei, como contrato em tempo parcial, igualmente de bastante interesse para a comunidade jurídica e para a sociedade como um todo.

Neste breve ensaio, procura-se tratar das modalidades de compensação de jornada, buscando esclarecer o leitor e tecendo algumas considerações críticas a respeito dos institutos recém ingressos no sistema jurídico brasileiro.

2- AS MODALIDADES DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA PREVISTAS NA LC 150/2015- APRESENTAÇÃO E CRÍTICA:

2.1. Os limites diário e semanal de trabalho e a exigência de controle de ponto:

A duração do trabalho doméstico obedece aos critérios aplicáveis aos trabalhadores em geral e previstos no art. 7º, XIII, da CRFB/88, a saber, 08 horas diárias e 44 semanais, na forma do artigo único da EC 72/2013 e art. 2º da LC 150/2015.

No que diz respeito aos empregados que residem no local de trabalho, a lei é expressa em dispor que serão considerados tempo de trabalho apenas as horas efetivamente trabalhadas, ao excetuar no § 7º do art. 2º os intervalos previstos na lei, o tempo de repouso, as horas não trabalhadas, os feriados e os domingos livres em que o empregado que mora no local de trabalho nele permaneça, que não serão computados como horário de trabalho.

No que se refere ao intervalo intrajornada, o art. 13 prevê a concessão de intervalo de uma a duas horas, podendo ser reduzido mediante acordo escrito entre as partes para 30 minutos, podendo ser prenotado. No caso do trabalhador que reside no local de trabalho, o intervalo pode ser desmembrado em dois períodos, desde que cada

um deles tenha no mínimo uma hora e no total de até quatro horas, caso em que não poderá ser prenotado (art. 13, § 1º).

Enfatiza-se com louvor a obrigatoriedade de manutenção de controle de ponto idôneo do serviço doméstico, que tanto pode ser manual, mecânico ou eletrônico (LC 150, art. 12), como forma de garantir o efetivo controle de cumprimento da lei e a produção de prova em Juízo, não podendo o empregador se eximir dessa obrigação, sob pena de ser invertido o ônus da prova no processo judicial. O controle é indispensável e obrigatório aos trabalhadores que residem e também aos que se locomovem diariamente ao local de trabalho.

Trata-se de garantia para ambas as partes, uma vez que na maioria das situações as residências possuem apenas um trabalhador, dificultando a prova tanto para empregado quanto para o empregador.

O controle de ponto, contudo, há de ser idôneo, o que significa estar isento de dúvidas quanto à veracidade das informações ali constantes.

Em hipótese alguma pode ser britânico, ou seja, conter informações invariáveis, sob pena de invalidade e transferência do ônus da prova ao empregador, na forma da Súmula 338 do C. TST.⁵

Pequenas variações de menos de 5 minutos, se ocorrerem todos os dias, também podem significar tentativa de fraude aos controles de ponto, uma vez que a dinâmica contemporânea, especialmente no que diz respeito à locomoção urbana, no mais das vezes acarreta em atrasos ou adiantamentos mais significativos.

Em suma, o controle de frequência deve refletir a real jornada de trabalho do empregado, sujeita a atrasos e adiantamentos naturais decorrentes das vicissitudes da vida, sob pena de, no processo judicial, serem considerados verdadeiros os horários indicados pelo trabalhador.

⁵ 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 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)

Passa-se à análise das formas de compensação de jornada previstas na LC 150/2015.

2.2. A tradicional compensação semanal:

A análise sobre os sistemas de compensação adotados pela LC 150/2015 é iniciada com o sistema de compensação semanal, previsto no ordenamento jurídico brasileiro há muitos anos como regra e vigente de forma generalizada antes da adoção do sistema de banco de horas.

A compensação semanal continua podendo ser adotada pelos empregadores domésticos pelo que se infere da leitura do art. 2º, § 4º, que assim dispõe: “ Poderá ser dispensado o acréscimo de salário e instituído regime de compensação de horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, se o excesso de horas de um dia for compensado em outro dia.”

Apesar de não referida expressamente no texto da novel legislação, cujo dispositivo trata do regime de banco de horas (compensação anual), é curial a manutenção dessa possibilidade de compensação, haja vista a previsão constitucional dos limites de jornada diária e duração semanal do trabalho, bem como do que dispõe o próprio *caput* do art. 2º da LC 150/14.

Tal modalidade de compensação, adotada em diversas categorias, tem como requisitos prévio acordo escrito e regular cumprimento, ou seja, sem admitir prestação de horas extras habituais. É uma forma de compensação amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, representando de fato uma melhoria nas condições sociais do trabalhador.

Nessa modalidade, opera-se a extrapolação do limite diário (até duas horas por dia) com observância do limite semanal de 44 horas, tendo como consequência prática a liberação do trabalhador em mais um dia de folga por semana. Adotado em diversas categorias, especialmente a construção civil, o sistema garante ao empregado mais tempo livre para suas atividades pessoais e familiares e representa de fato um avanço nas conquistas sociais dos trabalhadores.

Assim, desde que não ultrapassada a jornada de 10 horas, é possível manter a compensação semanal, que geralmente ocorre mediante o labor em 5 dias por semana, com observância ao limite de 44 horas semanais.

Importante ressaltar que se houver a prestação frequente de horas extraordinárias nessa forma de compensação volta a valer o limite diário de oito horas para fins de cômputo das horas extras, desconfigurado-se o ajuste, na forma da Súmula 85 do C. TST, que prevê o pagamento como horas extras daquelas que ultrapassarem o limite semanal e apenas do adicional para aquelas horas destinadas à compensação.⁶

2.3. O sistema 12X36 ou compensação quinzenal:

Previsto expressamente no novo texto de lei para o âmbito doméstico, o sistema 12X36, ao qual chamaremos de compensação quinzenal, é facultado aos empregadores e empregados, conforme prevê o artigo 10 da LC 150/2015: “É facultado às partes, mediante acordo escrito entre essas, estabelecer horário de trabalho de 12 (doze) horas seguidas por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.”

Tal espécie de compensação, utilizada no âmbito familiar com mais frequência no trabalho de cuidadores, enfermeiros ou técnicos de enfermagem, já era consolidada no âmbito empresarial por meio de convenções coletivas, sendo transportada legalmente para o âmbito doméstico com bastante propriedade.

5- Súmula 85 do TST:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

Considerando-se que naquelas semanas em que há prestação de serviços em 4 dias a jornada semanal é de 48 horas de trabalho, o saldo é compensado na semana seguinte em que se prestam 36 horas de serviço, ficando, assim, ajustada uma média semanal de 42 horas.

No regime 12X36 doméstico, pode ser ressaltada a peculiaridade no que se refere ao labor em feriados. Enquanto no âmbito empresarial a jurisprudência considera compensados apenas os domingos trabalhados, sendo devido o pagamento em dobro pelo labor em feriados (Súmula n. 444 do C. TST)⁷, a lei aqui expressamente dispõe que os feriados trabalhados já estão naturalmente compensados pelo regime de jornada (art. 10, § 1º da LC 150/14).

No que concerne ao labor noturno, o artigo 14 mantém a redução da hora noturna com duração de 52'30" aos trabalhadores em geral, conforme previsto na CLT, porém no que se refere ao sistema 12X36 a prorrogação do horário noturno é considerada compensada (art. 10 da LC 150/2015).

Numa análise prefacial desse dispositivo, significa que não há incidência de adicional noturno para o labor após as 5h e também não é levada em consideração a hora ficta noturna, de modo que para o labor entre 22h e 5h são prestadas 7(sete) horas de trabalho.

Importante salientar ainda que o sistema de labor em 12X36 não dispensa o intervalo intrajornada de 01 (uma) mantendo-se, dessa maneira, o descanso imprescindível à recuperação das energias do trabalhador, sendo facultado, no entanto, a indenização do período correspondente ao intervalo, na forma do *caput* do art. 10 da LC 150/14.

2.4. As formas de compensação mensal, anual e o labor em viagens:

Ao lado da compensação semanal e do regime 12X36, a lei prevê ainda três modalidades, a saber: a compensação mensal, o banco de horas, com ajuste anual e a compensação do labor em viagens, figuras distintas, porém umbilicalmente relacionadas.

⁷ JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

Para melhor sistematizar a análise a partir desse momento, passa-se à análise da compensação mensal, seguida do banco de horas, visto que seu mecanismo já é bastante conhecido e certamente deu ensejo à adoção da nova forma de compensação mensal.

Ao final, considerando-se a peculiaridade da hipótese, será tratada a compensação do trabalho em viagens.

A regra básica foi estabelecida no § 5º do art. 2º da LC 150/2015, que dispõe serem devidas as primeiras 40 horas extras durante o mês, podendo o saldo ser compensado em até um ano. Das 40 horas extras que devem ser obrigatoriamente pagas no mesmo mês, podem ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado durante o mesmo mês.⁸

2.4.1. A compensação mensal:

Como já descrito acima, o art. 2º, § 5º, inciso II, prevê a possibilidade de compensação mensal de horas não trabalhadas na medida em que dispõe que as primeiras quarenta horas extras mensais serão pagas (inciso I), porém dessas 40 horas poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês (inciso II).

Observa-se uma forma de compensação mensal, em que o empregador poderá descontar do saldo das horas extras devidas a soma das horas não trabalhadas (atrasos e liberações espontâneas) e dia útil não trabalhado (faltas injustificadas ou dispensa do trabalho pelo empregador).

⁸-Art. 2º(omissis):

§ 5º No regime de compensação previsto no § 4º-I - será devido o pagamento, como horas extraordinárias, na forma do § 1º, das primeiras 40 (quarenta) horas mensais excedentes ao horário normal de trabalho; II - das 40 (quarenta) horas referidas no inciso I, poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês; III - o saldo de horas que excederem as 40 (quarenta) primeiras horas mensais de que trata o inciso I, com a dedução prevista no inciso II, quando for o caso, será compensado no período máximo de 1 (um) ano.

Percebe-se claramente nessa forma de compensação mensal a supressão de garantias constitucionais no que concerne ao limite de jornada (adicional de 50% incidente sobre a hora normal- art. 7º, XVI, da CRFB), porquanto a previsão mais uma vez é a de compensar horas extras com horas normais, deixando o trabalhador ao inteiro alvedrio do empregador, que poderá determinar sua chegada mais tarde em determinados dias no mês, liberá-lo do trabalho em dias de viagens etc., podendo trocar essas horas normais não trabalhadas por horas extraordinárias em outros dias no mês.

Contudo, apesar de usurpar parte do salário do trabalhador, a forma de compensação mensal é menos grave que o denominado banco de horas, que prolonga a concessão de folgas compensatórias ou o pagamento de horas extras até um ano após a prestação do serviço.

Na compensação mensal horas não trabalhadas, a exemplo de faltas injustificadas e atrasos podem ser compensados, havendo a mínima contrapartida para o trabalhador- mesmo com prejuízo quanto ao adicional, ao reverso do que ocorre com relação ao banco de horas, que lhe é totalmente prejudicial.

Sobre essa modalidade se tratará a seguir.

2.4.2. A compensação anual ou o banco de horas:

Como visto acima, ao lado da possibilidade de compensação mensal de horas extras por horas não trabalhadas, no limite de até 40 horas por mês, a lei faculta ao empregador o ajuste anual das horas extras excedentes a 40 por mês, em clara afronta ao que dispõe o art. 459 da CLT.

O inciso III do § 5º do art. 2º, ao dispor sobre a compensação no prazo de um ano do saldo das horas extras, evidentemente não descarta o pagamento no mesmo prazo quando não houver possibilidade de compensação, tendo o dispositivo legal a finalidade tão somente de incorporar instituto jurídico já previsto no art. 59, § 2º da CLT ao âmbito doméstico.

Sobre a teoria e a prática do banco de horas muito se tem a opor, o que será objeto do próximo item.

De forma geral, a prática no Brasil demonstrou que o regime de compensação anual serve no mais das vezes como instrumento de fraude à legislação do trabalho, sendo os controles do saldo de horas precários, quando não falsos.

No âmbito doméstico, somam-se às dificuldades já enfrentadas nos setores organizados, a incipiente e precária organização dos empregadores, a falta de instrução dos empregados, a quase impossibilidade de controle dos documentos por meio dos órgãos públicos e a inexistência de assistência sindical.

Convém passar às considerações críticas sobre o instituto, que abrangerá análise pretérita já rascunhada por essa articulista há aproximadamente 10 anos, que, no entanto, mantém-se atual com a novel adoção do instituto para as relações domésticas no país.

2.4.3. A compensação decorrente do trabalho em viagens:

Por último, a LC 150/14 cria outra forma de compensação, a saber, aquela decorrente do labor em viagens, condicionado à prévia previsão contratual, tudo conforme art. 11 da LC 150/14.

Registra-se, portanto, que para o acompanhamento do empregador pelo trabalhador em viagens é necessária previsão escrita em contrato, conforme dispõe o § 1º do art. 11 da LC 150, que dispõe: O acompanhamento do empregador pelo empregado em viagem será condicionado à prévia existência de acordo escrito entre as partes.

O art. 11, § 2º, também prevê um adicional de 25% sobre as horas trabalhadas em viagens, facultando a compensação mediante acordo, a ser utilizada a critério do empregado (§ 3º).

Importa ressaltar que apenas as horas efetivamente prestadas são consideradas como de trabalho, não se incluindo as horas de descanso do trabalhador (*caput* do art. 11).

Deflui da legislação que a cada quatro horas de trabalho efetivo em viagens, o empregado tem direito a uma hora de folga do trabalho normal ou ao pagamento de mais uma hora de trabalho normal (sem o adicional).

Em caso de prestação de horas extras em trabalho em viagens, o trabalhador terá direito à hora normal, acrescida de 25% e a partir daí acrescida de mais 50%, o que redundará na aplicação de um percentual de 83, 375%.

A novidade legislativa merece elogios e possivelmente tem como fundamento os inconvenientes da alteração da rotina e excesso de trabalho doméstico em viagens,

buscando-se fundamento possivelmente no adicional de transferência previsto para os trabalhadores em geral.

Condicionar a compensação das horas de viagens a prévio acordo consiste em garantia ao trabalhador, que deve ter essa condição expressa no momento da contratação. Deixar a fruição das folgas compensatórias a critério do empregado foge à regra dos sistemas usuais de folgas compensatórias e também constitui um pequeno avanço na relação do trabalho doméstico.

Certamente o acompanhamento por empregados em viagens terá um maior custo ao empregador. No entanto, tal prática é comum dentre aqueles com situação econômica privilegiada, os que mantêm casas de praia, de campo, os que realizam viagens com babás, cozinheiras etc, e cujos serviços não importavam em qualquer oneração para o orçamento doméstico no passado.

Resta definir o que pode ser considerado viagem. Por mais que se considere conhecido um vocábulo, que esteja incorporado à prática diária, quando a definição importa em consequências legais, sempre surgem dúvidas quanto à abrangência de seu significado.

Define Aurélio: O ato de transportar-se de um ponto a outro distante. Navegação, travessia. Percurso efetuado.⁹ A definição do linguista em pouco contribui.

Buscando-se subsídios legais, constata-se que o artigo 467 da CLT, ao tratar de diárias para viagens, não estabelece e nem limita o que se pode compreender por viagem.

Considerando-se a omissão legislativa, tem-se que utilizar os critérios da vida comum para o preenchimento da lacuna.

Defende-se neste momento que deve ser considerada viagem a extrapolação do limite do município onde se realiza a prestação de serviços, com ou sem finalidade de pernoite.

Nessas circunstâncias, sendo a viagem curta ou longa, a extrapolação dos limites do município serve como diretriz à aplicação do adicional, devendo ser computadas as horas desde o começo da viagem (incluindo o início do percurso de automóvel ou o embarque em navios e aeronaves) até o percurso de retorno e, quando no local, apenas as horas trabalhadas.

⁹ <http://dicionariodoaurelio.com/viagem>, em 10.02.2016, às 12h18min.

2.4.4. Considerações críticas:

Previsto inicialmente no ordenamento jurídico no art. 59, § 2º, da CLT, o sistema de banco de horas, com possibilidade de compensação ou pagamento do saldo anualmente, consiste em mecanismo que tem se mostrado deveras prejudicial ao trabalhador, haja vista os fundamentos teóricos que adota e a forma abusiva como vem sendo praticado no país.

Criado originalmente na Itália na indústria automobilística, o banco de horas tinha a intenção única de manter o emprego dos funcionários daquele setor em épocas de crise, dispensando-se o pessoal do cumprimento da carga horária quando não havia necessidade de produção para cobrar o saldo de horas acumuladas posteriormente quando houvesse a retomada da produção. O instrumento, negociado com os sindicatos, preservava o emprego em épocas de crise, sem redução de salário, gerando-se benefícios pessoais e sociais. Era, portanto, justificado jurídica, social e economicamente.¹⁰

Sob o mesmo pretexto teórico, no Brasil esse mecanismo foi adotado com prazo de compensação em até 120 dias no bojo da Lei 9.601/98, que previa, dentre outras medidas, o contrato temporário por prazo determinado com a finalidade de acréscimo de pessoal, com redução de direitos trabalhistas, especialmente o FGTS. Posteriormente, o prazo de pagamento ou compensação foi ampliado para um ano.

O que se constatou na prática foi a utilização indiscriminada e injustificada do banco de horas, como simples medida para suprimir o pagamento imediato das horas extras, bem como forma de suprimir o pagamento do adicional de 50% mediante a concessão de horas de folga com critérios prejudiciais ao trabalhador.

Ademais, há estudos que indicam que os acidentes de trabalho em grande parte acontecem nos períodos de prorrogação de jornada, o que resvala para a infringência do dever de garantia do ambiente de trabalho seguro, sem falar na maior probabilidade de adoecimentos relacionados ao trabalho (art. 7º, XXIII da CRFB).¹¹

¹⁰ Apontamentos das aulas do Professor Cláudio Salvadori Dedecca, no Curso de Especialização em Economia do Trabalho, realizado pela Fundação da Faculdade de Economia da UNICAMP, entre 2005 e 2006.

¹¹ BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Jornada de Trabalho e Acidente de Trabalho: Reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13497/003_brandao.pdf?sequence=5, pesquisa em 10.10.2015, às 18h10min.

Causa espanto a aceitação pacífica das categorias em seus acordos e convenções coletivas de formas de compensação de banco de horas, a maioria adotadas sem a observância de um mínimo critério de necessidade para a atividade empresarial e para os trabalhadores.

Dessa maneira, promove-se a flexibilização da legislação protetiva sem o substrato fático da necessidade da medida, pressuposto de validade para a flexibilização das regras impostos constitucionalmente, reflexo da luta histórica dos trabalhadores.

Cogitar o afastamento dos direitos fundamentais trabalhistas por lei infraconstitucional sem o mínimo critério de ponderação significa tecer interpretação invertida do sistema, colocando-se em plano inferior aquele diploma que deveria estar no topo da pirâmide jurídica.

Defende-se que, por se tratar de medida flexibilizatória, afastando a aplicação do texto constitucional, deve estar associada indispesavelmente à necessidade inequívoca da empresa e a medida ter finalidade social, ou seja, a de manter o seu funcionamento e preservar empregos, assim, como previsto no nascedouro do instituto.

Outra justificativa não pode ser empregada para a flexibilização das garantias trabalhistas, sob pena de se validar a supressão de direitos que constituem normas de hierarquia constitucional e constituem garantias fruto de luta histórica dos trabalhadores.

Ainda para corroborar com o raciocínio, a prática do chamado banco de horas tem-se mostrado deplorável. Em muitas oportunidades, o controle do saldo de horas não obedece aos critérios previstos coletivamente, os trabalhadores são dispensados após o início da jornada por motivo de queda no movimento da empresa (expediente frequente em supermercados), as folgas não são regularmente previstas, os minutos e faltas são descontados. Ou seja, o trabalhador continua sendo tratado como um mero insumo dentro da cadeia produtiva, descartado e descartável sem qualquer limite e observância dos seus interesses pessoais.

Tal situação tem levado a uma significativa invalidação dos bancos de horas nos Juízos e Tribunais do Trabalho.

Esse cenário já era esperado pela comunidade de Juízes do Trabalho que, reunidos em seu XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho - CONAMAT 2006, em Maceió, aprovaram a seguinte tese:

“O banco de horas é inconstitucional, pois viola princípios fundamentais previstos na Constituição Federal(artigo 7º, XIII, XIV e XXII da CF), bem como o princípio da proibição de retrocesso social, decorrente da ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o principio da irrenunciabilidade salarial (equipara hora normal à hora extra), bem como o critério para pagamento do salário previsto no artigo 479 da CLT(caráter comutativo do trabalho).”¹²

Pois bem. Não obstante diversas decisões que validam a malfadada forma de compensação, há uma série de decisões que reconhecem o abuso do direito e a invalidade de tal mecanismo ao longo de todos esses anos. Foge ao objetivo atual traçar um panorama da jurisprudência no país.

O que se pretende demonstrar é que a Lei Complementar 150/2015 adotou um sistema de compensação similar, porém mais detalhado, como já analisado acima.

Mantém-se a garantia de limitação da jornada a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, com garantia de acréscimo mínimo de 50%, como não se poderia evitar, porém institui a possibilidade de compensação semanal, mensal e anual, além do sistema 12X36 que denominamos compensação quinzenal.

A previsão de compensação mensal e anual para os trabalhadores domésticos consolida e legaliza toda a prática já adotada no sistema de banco de horas para os trabalhadores em geral, tratando de manter o empregado à inteira disposição do empregador, com restrições à garantia de limitação ordinária de jornada e sem possibilidade de programar melhor o seu tempo. Ademais, trata-se de forma de retenção indevida e usurpação de salário, na medida em que suprime o adicional ou transfere o pagamento para um ano após a prestação de serviços, sem justificativa de natureza econômica ou social alguma. Não há qualquer justificativa para essa forma de precarização da norma constitucional que possa justificar a adoção da medida,

Ou seja, trata-se mais uma vez do fenômeno da reificação do empregado, do afastamento pernicioso e disfarçado da incidência de garantia constitucional, que deve ser combatida judicialmente por representar uma forma de ato atentatório à dignidade do trabalhador e aos preceitos vigentes no documento político do país.

Vê-se, portanto, que apesar de ter limitado a adoção de banco de horas anual àquelas horas prestadas a partir da quadragésima mensal, o que pode ser considerado

¹² Ementa sintetizada a partir das teses apresentadas pelas Juízas Alda de Barros Araújo (TRT 19) e Valdete Souto Severo (TRT 4), as duas no mesmo sentido e com a maioria de fundamentos idênticos. Disponível em: www.anamatra.org.br

um avanço significativo em relação ao regime de compensação anual já previsto para os demais trabalhadores, a lei ainda estabelece nova forma de compensação, viabilizando o ajuste mensal das horas extras trabalhadas, porém ainda com supressão do adicional.

A questão básica a ser levantada é a seguinte: por que não se prevê a compensação de uma hora extra por uma hora e meia de trabalho normal, a fim de se preservar a garantia do adicional previsto na norma fundamental? A intenção clara de fato parece ser a supressão do adicional, tanto no sistema de compensação mensal quanto no anual.

Poderia se questionar também porque a mesma oposição não é adotada para o sistema de compensação semanal, já que o acréscimo de horas de um dia é compensado igualmente sem o adicional. Ocorre que o sistema de compensação semanal preserva a garantia constitucional da limitação semanal da duração do trabalho e representa de fato uma melhoria das condições de vida do trabalhador, que passa de fato a dispor de mais tempo para seus afazeres pessoais e familiares.

A compensação do labor já ocorre dentro da própria semana, estando o controle de utilização do tempo à disposição do trabalhador, que se programa para desfrutar dos dias livres da melhor maneira que lhe convier, sendo um instrumento válido e desejável socialmente.

O sistema 12X36 também é considerado benéfico aos empregados, que podem dispor de mais tempo livre, inclusive para outras ocupações profissionais.

O contrário ocorre com o sistema de compensação anual- banco de horas- e de certa forma também em relação à novel forma de compensação mensal prevista para os trabalhadores domésticos, que perdem totalmente o controle do seu tempo e são mantidos à disposição do trabalhador.

Some-se a esse fato àquela peculiaridade dos trabalhadores domésticos que residem no local de trabalho, que naturalmente são privados do convívio familiar e social, desfrutando de lazer precário (TV, quando muito), geralmente sem chance de uma ascensão profissional por meio do acesso à escola.

Por esses motivos, defende-se que deve ser considerado inconstitucional o estabelecimento de compensação anual- banco de horas, admitindo-se, na melhor das hipóteses, uma forma de compensação mensal, desde que não abusiva, ou seja, desde que não trate de compensar mais de duas horas extras por dia, que é o limite para a prestação de horas extras legalmente previsto.

Caso sejam ultrapassadas as críticas aqui lançadas, que certamente há muito se encontram da unanimidade, supor a validade de um banco de horas pressupõe uma organização eficiente da jornada de trabalho, o cômputo das horas extras pagas mensalmente e do saldo a ser posteriormente compensado ou pago.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A limitação de jornada do trabalhador doméstico pela EC 72/2013 constituiu medida necessária à consolidação da garantia de igualdade de direitos entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores em geral, corrigido uma distorção histórica proveniente do labor em sistema de escravidão, fundamento cultural do trabalho doméstico no Brasil.

Reconhece-se que a Lei Complementar 150/2015 criou um sistema complexo de compensação de jornada, sendo previsível que a sociedade venha a demorar a absorver e a se adequar corretamente a todos os mecanismos previstos.

No cotidiano do fórum ainda é visível a dificuldade de implantação de um simples livro de ponto. Não é possível prever se a recusa decorre de desinformação ou de má-fé do empregador, que não deseja constituir prova contra si próprio.

No entanto, ratifica-se a indispensabilidade de controle de jornada idôneo, podendo ser mecânico ou eletrônico em caso de trabalhadores analfabetos. Há dispositivos acessíveis a um preço razoável no mercado.

No que se refere às diversas formas de compensação, consideram-se benéficos ou aceitáveis os sistemas de compensação previstos, exceto o anual.

O sistema de compensação mensal decorrente de ausências injustificadas, dias não trabalhados por conveniência do empregador e atrasos do empregado, embora não seja benéfico em sentido estrito, dentro do quadro que se apresenta pode ser considerado aceitável. Afinal, a compensação nesse caso ocorre dentro do próprio mês e estão previstas situações em que ambas as partes seriam prejudicadas, como as ausências injustificadas que levariam a um desconto de salário, por exemplo, tornando a medida razoável para ambas as partes.

A compensação do adicional de 25% da hora de trabalho em viagens pode ser considerada benéfica ao empregado, inclusive porque a fruição da folga deve ocorrer a critério do empregado.

Incontestavelmente prejudicial é o sistema de compensação anual, eis que mantém os valores devidos aos trabalhadores indisponíveis por longo tempo, suprimindo do trabalhador verba de natureza alimentar.

Esse sistema de compensação beneficia o empregador em não dispor dos valores que seriam pagos ao empregado no tempo em que o trabalho foi realizado - podendo aplicar financeiramente os recursos, além das demais consequências já relatadas, como a supressão total do adicional de horas extras no caso de compensação, locupletando-se indevidamente do trabalho.

Ademais, por parte do empregado, além da imprevisibilidade de fruição do futuro tempo livre, o sistema de ajuste anual suprime o alimento de sua mesa, sendo a mera visualização dessa possibilidade atentatória a todos os princípios decorrentes da valorização do trabalho.

Um fato se afigura patente. A contabilização mensal de horas extras para um empregador comum e sem assessoria contábil já é por demais trabalhosa. Esperar um controle rígido e efetivo de um banco de horas anual no âmbito doméstico parece um fenômeno distante.

Portanto, apesar da previsão de retardamento da adoção sistema de compensação anual no âmbito doméstico, que pressupõe o registro idôneo da jornada por meio de controle manual, mecânico ou eletrônico, resta aguardar se os empregadores efetivamente utilizarão esse instrumento, de qual maneira ocorrerá e qual será o posicionamento dos juízos trabalhistas.

No caso em apreço, a questão tem relevante importância social por constituir um dos marcos da emancipação feminina, com consequências tanto no âmbito das relações de trabalho em sentido estrito, como também nos parâmetros de divisão social do trabalho no seio das famílias, ainda moldadas sob o manto do patriarcado, não obstante o grande avanço das relações de gênero no mundo.

Por fim, registra-se que esse trabalho não tem qualquer pretensão de exaurir os temas tratados, nem tampouco de deitar colher de cal sobre a matéria, estando aberto a críticas e aprimoramentos decorrentes de olhares mais atentos e fundamentados, que serão acolhidos com a merecida reflexão para fins de aprimoramento do raciocínio delineado neste momento.

Que venham os avanços, as conquistas e uma melhor qualidade de vida e de trabalho para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROS, Alice Monteiro. A Mulher e o Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 1995.

MARANHÃO, Délio, CARVALHO, Luiz Inácio B. Direito do Trabalho. 17ª Ed. Rio de Janeiro. Editora da Fundação Getulio Vargas, 1993.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Jornada de Trabalho e Acidente de Trabalho: Reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. Disponível em http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13497/003_brandao.pdf?sequence=5, pesquisa em 10.10.2015, às 18h10min

SÍTIOS CONSULTADOS:

<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/mundo-tem-pelo-menos-52-milhoes-de-empregados-domesticos-diz-oit/>

<http://dicionariodoaurelio.com/viagem>

www.anamatra.org.br