

JORNADA EXTRAORDINÁRIA NO TRABALHO DOMÉSTICO

Sandra Roesca Martinez¹

Sylvia Pereira Bueno Formicola²

RESUMO

Trata o presente artigo da aplicação da hora extra no âmbito do trabalho doméstico, novidade implementada pela Emenda Constitucional nº 72 de 02 de abril de 2013, que marca importante avanço aos trabalhadores dessa categoria profissional, com alto impacto econômico no orçamento das famílias. Nele se procurará identificar as dificuldades na logística do controle do horário efetivamente executado pela categoria dos empregados domésticos, apontando a necessidade de se elaborar entre as partes um termo de autorização da prorrogação da jornada, bem como a possibilidade de se criar banco de horas e acordo de jornada entre empregados e empregadores.

Palavras-chave: Hora extra. Trabalho doméstico. Controle de horário.

1 INTRODUÇÃO

No direito do trabalho, a hora extra é conceituada como uma alteração das condições do contrato de trabalho, mais precisamente no tocante à duração de trabalho do empregado, que para atender à necessidade imperiosa do empregador, prorroga sua jornada normal de trabalho.

¹ Procuradora do Município de Diadema. Graduada pela Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli. E-mail: sroescam@hotmail.com

² Procuradora do Município de Diadema. Graduada pela Faculdade de Direito, Universidade Mackenzie, São Paulo. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Bauru, Instituição Toledo de Ensino. E-mail: sylviapbformicola@uol.com.br

Para tanto, o empregado fará jus a um acréscimo sobre seu salário, representativo de um adicional compensatório ao trabalho excedente que foi demandado. Esse adicional é considerado como verba de natureza remuneratória ou salarial, sendo, contudo, por muitos autores conceituado como de natureza indenizatória, tendo em conta o esforço incomum para a realização excedente da atividade laboral.

Nesse enfoque concebe *Franco Guidotti* ao apontar que:

"Não podem ser tidos como retribuições à prestação normal de trabalho, mas como compensação resultante do caráter anômalo da atividade, o qual se revela através do confronto entre a atividade normal e aquela que se considera em cada caso. Tais adicionais, segundo o mesmo autor, compensam um esforço, um deságio, um risco, uma pena, uma aplicação superior àquela exigida no desenvolvimento de atividade normal."

(La Retribuzione nel Rapporto di Lavoro, Milano, Giufrè, pág. 262).

A corrente que defende a natureza jurídica das horas extras como remuneratória utiliza como fundamento legal o art. 7º, inc. XVI, CF³, já que o legislador constituinte ao se referir às horas extras utilizou o vocábulo "remuneração". Fundamentam seu entendimento dizendo que a indenização visa ressarcir um dano, o que não ocorre com o trabalho extraordinário.

Já a outra corrente, que defende a natureza jurídica das horas extras como indenizatória, apóia-se na análise de que a extrapolação da jornada regular de trabalho traz efeitos nocivos ao trabalhador, sob o olhar da saúde e segurança do trabalho. A partir desse raciocínio passa-se ao conceito do caráter indenizatório da hora extra.

Entretanto, no Brasil o entendimento corrente, na doutrina e jurisprudência, é o de catalogar mencionado adicional como de natureza salarial ou remuneratória.

Nessa esteira discorre em sua obra *Amauri Mascaro Nascimento*⁴:

"Os adicionais não têm natureza jurídica de indenização. O que o empregado recebe por trabalhar em condições desfavoráveis não deixa de ser salário: a respectiva taxa é que varia, por força desses mesmos fatores que agravam as circunstâncias nas quais a prestação de serviços será desenvolvida e que são, como na Economia, as causas de variação das tarifas salariais."

³ "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

....."
⁴ O Salário. São Paulo, LTr Editora, pág. 250.

Nossos Tribunais trazem o seguinte posicionamento, consoante se destaca:

**TRT-6 – RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA
RO 64400802008506 PE 0064400-80.2008.5.06.0412**

Relatora: Maria Helena Guedes S. de Pinho Maciel

Data de publicação: 10/08/2011

Ementa:

Horas extras. Reflexos. Repouso semanal remunerado. Indubitável que era o autor mensalista. Todavia, a remuneração do reclamante paga apenas a jornada normal do trabalho (seis horas). As horas extras têm natureza salarial e compõem a remuneração do reclamante; conseqüentemente, refletem-se no repouso semanal remunerado. Daí os exatos termos da Súmula 172 do Col. TST: “Computam-se no cálculo do repouso semanal remunerado as horas extras habitualmente prestadas.”

Por outro enfoque, especial controvérsia se instaura em relação ao cumprimento da hora extraordinária no âmbito doméstico, como se verá.

2 DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA

Até a promulgação da EC nº 72/13, que disciplinou e estendeu direitos aos empregados domésticos, essa categoria profissional encontrava-se excluída do direito ao recebimento do adicional de hora extra.

Não obstante o inegável direito ao recebimento do aludido adicional, se e quando realizado o trabalho extraordinário, a aplicação e o cumprimento à categoria dos empregados domésticos tira a tranquilidade dos empregadores, pela peculiaridade do contrato de trabalho que se desenvolve no âmbito doméstico, diante da ausência de possibilidade de controle mais rigoroso da jornada.

Assim, por mais pacífica e amistosa que possa se desenvolver uma relação de trabalho dessa natureza, a verdade é que na hora do efetivo pagamento, fica o empregador com larga desvantagem, posto que não possui aparato para exercer o controle do trabalho que se desenvolve em seu lar. Tanto a produção do labor, consideradas qualidade e quantidade, quanto a duração do trabalho, passa-se totalmente à revelia do empregador.

Desse modo, resta indagar como deve proceder o empregador doméstico para se certificar quanto à duração real do trabalho doméstico que se desenvolve diariamente em sua residência.

Esse é um cuidado elementar para se efetivar um pagamento justo e seguro, evitando-se gerar, por exemplo, uma demanda trabalhista, na qual, na fase da instrução processual, certamente ficaria o empregador inteiramente vulnerável diante dos Princípios da Primazia da Realidade e Protetor, que acabam por privilegiar demasiadamente o empregado em detrimento do empregador.

Note-se que, no âmbito do trabalho doméstico, esse Princípio Protetor torna-se ainda mais austero e até imoderado em face do empregador, tendo em conta que muitas vezes não há grande desigualdade entre o empregado e o empregador doméstico, que justifique tamanha disparidade de tratamento.

Uma maneira de se acautelar quanto a uma eventual discussão na Justiça Obreira, em demanda pleiteando o recebimento de hora extra no curso do contrato laboral, será estabelecer, acordo formal individual de compensação de jornada semanal.

Nesse expediente a hora extraordinária de um dia será compensada como folga em outro dia da semana. Pode-se, ainda, estabelecer banco de horas, a fim de compensar eventuais horas extras em dias de folga dentro do mesmo mês.

Se ainda assim houver sobrejornada, caberá ao empregador remunerar o empregado de acordo com o inc. XVI, art. 7º, Constituição Federal.

Entretanto, faz-se necessário atentar para o limite diário estabelecido para realização de horas extras, inserto no art. 59⁵, CLT, qual seja: 2 (duas) horas, sob pena de multa administrativa, que à toda evidência não exime o empregador do pagamento das horas extraordinárias excedentes.

Oportuno lembrar ainda a redação do art. 61⁶, CLT, que permite exceder o limite legal de 2 (duas) horas em caso de necessidade imperiosa.

Abordaremos a seguir as possibilidades existentes no ordenamento jurídico, no que se refere ao regime de compensação e banco de horas.

2.1 Sistemas de controle e cômputo da jornada de trabalho

⁵ “Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

.....”

⁶ “Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

.....”

Na realidade, a função doméstica pressupõe confiança, já que, na maioria das vezes, é desempenhada na ausência do empregador. Assim, também o controle de horário dos empregados domésticos se dará por meio de regime de confiança. Ainda que se estabeleça um livro de ponto, ou mesmo uma folha para se registrar os horários de entrada e saída, a verdade é que muito dificilmente estarão presentes os empregadores para conferir os registros, o que torna muito tênue tal controle.

O art. 74, CLT traz a obrigatoriedade do registro de horário de entrada e saída para estabelecimentos de mais de dez trabalhadores, que pode se dar de forma manual, mecânica ou eletrônica.

É pouco provável que o empregador doméstico tenha mais do que dez empregados, parecendo, portanto, ficar livre dessa obrigação. Porém, poderá haver prejuízo no que diz respeito à prova no processo do trabalho, tornando vulnerável a situação do empregador nesse aspecto.

Então, faz-se necessário refletir acerca dos instrumentos disponíveis e eficazes para o controle de jornada para essa natureza de trabalho, o que parece ser uma questão nebulosa.

A Emenda Constitucional nº 72/2013 conferiu aos domésticos o direito ao limite de jornada de trabalho, 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, bem como ao pagamento de hora extra ao trabalho prestado acima desses limites. Dessume-se, portanto, que o Capítulo II, CLT, que trata “Da Duração do Trabalho”, aplica-se aos empregados domésticos no que houver compatibilidade.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se ao estudo das regras para o cômputo das horas extras, a saber:

- Compensação: trata-se de instituto atualmente aplicável à categoria dos domésticos. O regime de compensação estabelece um sistema para equilibrar as horas cumpridas dentro da jornada legal estabelecida ao empregado. Sendo assim, se houver aumento da jornada em um dia, pode ser diminuída a duração pelo trabalhador em outro dia, de modo a cumprir o limite estabelecido pelo ordenamento jurídico, sem que reflita na caracterização da hora extraordinária.

Neste passo, oportuno transcrever a Súmula 85, TST:

"Súmula nº 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."

Segundo estabelece o inc. I, da aludida Súmula, esse tipo de compensação pode ser realizado por norma coletiva ou acordo individual escrito. No entanto, cumpre observar que a compensação deve ser realizada dentro da mesma semana.

- Banco de Horas: este instituto representa a soma da jornada extraordinária realizada no período de 1 (um) ano, devendo ser instituído para efeito de compensação, por negociação coletiva, consoante preceitua o inc. V, da mencionada Súmula.

Impende asseverar que a EC 72/13 estendeu aos empregados domésticos o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, possibilitando, por conseguinte, a aplicação do sistema de banco de horas a essa categoria de empregados.

2.2 Intervalo intrajornada

É intervalo obrigatório em trabalho com a característica de continuidade, e ocorre dentro da execução da jornada de trabalho.

A duração desse descanso depende da jornada de trabalho, a saber: será de 15 (quinze) minutos, para jornadas de 4 (quatro) a 6 (seis) horas; e se o trabalho desenvolvido pelo empregado exceder 6 (seis) horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação de no mínimo 1 (uma) e no máximo 2 (duas) horas, que não será computado na duração do trabalho.

Esse intervalo deve ser concedido de uma única vez, não podendo ser fracionado.

O repouso para a alimentação, tão salutar à saúde do trabalhador, uma vez que o objetivo do legislador ao estabelecer tal intervalo foi evitar agressão ao sistema de proteção da integridade psicossomática do empregado, é hoje novidade no cotidiano dos empregados domésticos.

Importante atentar que o empregador não pode reduzir esse intervalo, nem mesmo para atender a vontade do empregado, que muitas vezes prefere a redução da hora do almoço, alegando que não é necessário a hora inteira, preferindo sair mais cedo, o que é perfeitamente justificável pela realidade caótica do trânsito, aliado ao transporte público precário, nas grandes cidades.

Há que se ter em mente que nem mesmo formalmente essa redução deve ser efetivada, posto que fere norma de ordem pública, não havendo espaço para acordo entre as partes, sob pena de ser compelido o empregador a pagar essa hora como extraordinária em uma eventual ação trabalhista.

Caso não seja concedido o intervalo intrajornada ao trabalhador, ficará o empregador obrigado a promover a remuneração do período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Contudo, importante registrar a total fragilidade para o empregador doméstico promover o efetivo controle da jornada de trabalho do empregado no âmbito residencial, especialmente no cumprimento dos intervalos intrajornada, uma vez que geralmente o empregador está ausente durante esse período. E, diante da inexistência de cartão de ponto, na grande maioria das residências, fica difícil comprovar que o empregado cumpriu corretamente aludido descanso.

Nesse caso, se o empregado doméstico alegar na Justiça do Trabalho o descumprimento desse direito, ou mesmo o cumprimento parcial desse intervalo, nos termos do § 4º, art. 71⁷, CLT, inexistindo prova robusta de que tenha o empregado gozado todo o período de descanso, gerará obrigação para o empregador de pagamento de uma hora com o adicional de 50% (cinquenta por cento).

⁷ “Art. 71
§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)
.....”

2.3. Intervalo interjornada

Seja para qualquer período contratado (quatro, seis ou oito horas diárias), o intervalo mínimo entre o final de uma jornada e o início de outra jornada no dia seguinte, será de 11 (onze) horas, consoante estabelece o art. 66⁸, CLT, tendo por escopo a garantia da saúde física e mental do empregado.

Esse intervalo representa o período que o empregado doméstico tem para se recompor do desgaste gerado ao longo da jornada de trabalho realizada no dia anterior, retornando no dia seguinte às suas atividades com o ânimo e energia renovados, o que contribuirá para a boa saúde do trabalhador, a execução de um bom trabalho, proporcionando, inclusive, maior segurança no desempenho de qualquer função laboral.

A exemplo do que foi apontado no intervalo intrajornada, o efetivo controle deste intervalo encontra-se igualmente fragilizado. Considerando o fato de o empregado doméstico normalmente ficar sozinho em casa, na maior parte das vezes, escapam ao controle do empregador os momentos em que inicia ou cessa suas atividades laborais. Para os empregados que moram nas residências das famílias, o descontrole toma proporções assustadoras.

Assim, remanescem muitas dúvidas, pesando sobre tais relações de trabalho, ensejadas pelas recentes alterações legislativas, que somente serão depuradas com o passar do tempo, após o balizamento da Justiça Especializada.

Com o intuito de auxiliar neste momento tão delicado, no que tange ao controle de jornada e cumprimento dos citados intervalos legais, parece que um simples livro de ponto, onde empregado e empregador assinassem conjuntamente o controle da jornada laboral, seria suficiente para afastar tanta insegurança jurídica.

Não obstante isso, faz-se necessário alertar para as mazelas da “jornada britânica”, firmemente rechaçada pela jurisprudência trabalhista. Melhor dizendo, o horário anotado deve refletir, de fato, os minutos dos registros efetuados, bem como eventuais atrasos e/ou saídas antecipadas, sob pena de ser considerado “britânico”, o que acarreta a inversão do ônus da prova.

Nesta linha de entendimento, colaciona-se o Enunciado 338, TST, com especial destaque para o item III:

⁸ “Art. 66 - Entre duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.”

“TST Enunciado nº 338 - Res. 36/1994, DJ 18.11.1994 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - **Incorporadas** as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Determinação Judicial - Registros de Horário - Ônus da Prova

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)” – grifo nosso

3 CONCLUSÃO

Não há dúvida quanto à importância que representa a classe dos trabalhadores domésticos no mercado de trabalho brasileiro, tanto que foram inseridos no contexto dessa conceituada categoria profissional novos direitos trabalhistas, assegurados pela via constitucional, vale dizer: direitos sociais abarcados pela titularidade de direitos fundamentais, engrossando ainda mais o rol de conquistas já verificadas no decorrer dos anos.

Enquanto algumas normas inseridas pela EC nº 72/13 aguardam regulamentação, outras necessitam ser criadas para melhorar as condições de trabalho dessa respeitável categoria profissional.

Contudo, no quesito controle de horário, muito ainda há de ser feito para que a situação dos empregadores e empregados domésticos possa se ajustar, tornando possível a identificação da real jornada laboral cumprida no âmbito doméstico, sem que haja prejuízo tanto para a classe trabalhadora, quanto para a classe dos empregadores.

Sabe-se que a EC nº 72/13 não transformou empregados domésticos em celetistas. Não obstante isso, os dispositivos da CLT relativos à limitação da jornada de trabalho e do direito à horas extras remuneradas passaram a ser aplicáveis à categoria dos domésticos, independentemente de regulamentação.

Com efeito, essa inovação constituiu um passo decisivo para coibir a falta de limites da jornada de trabalho que se verificava no contexto dessa categoria profissional, aviltando a classe desses trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: Ed. Método, 5ª ed., 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. São Paulo: Ed. Atlas, 17ª ed., 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 28ª ed., 2011.

_____. **O salário**. São Paulo: Editora LTR.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 3ª ed., 2000.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. **Vade Mecum Prática OAB – Trabalho**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2013.