



VOTO EM SEPARADO - CCJ

Perante a COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Decreto Legislativo nº 593, de 2010, de autoria da Senadora Niúra Demarchi, que *sustar os efeitos da Portaria n. 1.510, de 21 de agosto de 2009, do Ministério de Estado do Trabalho e Emprego, que disciplina o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro de Ponto – SREP.*

I – RELATÓRIO

O Projeto de Decreto Legislativo n. 593, de 2010, possui a finalidade de sustar os efeitos da Portaria n. 1.510, de 2009, do Ministro do Trabalho e Emprego, cuja matéria disciplina o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto – SREP.

A proposição, protocolada em 5 de outubro de 2010, foi encaminhada à Comissão de Constituição Justiça e Cidadania para apreciação, sem caráter terminativo.

Distribuída ao Relator, Senador Armando Monteiro, este apresentou parecer favorável à aprovação do Projeto.

Dada a importância do estudo da matéria, na reunião do dia 17 de agosto de 2011 foi requerida vista do projeto por este Parlamentar.

O PDS possui apenas dois artigos. No primeiro dispõe sobre a sustação dos efeitos da Portaria n. 1.510, de 2009, do MTE, enquanto que o artigo segundo adverte que o Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Na justificação do projeto, o autor destaca que o Ministro do MTE, quando da expedição da Portaria n. 1.510, de 2009, extrapolou o poder regulamentar lhe outorgado pelo art. 74, § 2º, da Consolidação das



Leis Trabalhistas, na medida em que estabeleceu que o registro eletrônico somente é válido se efetuado por meio do REP, além de estabelecer obrigações ao fabricante do aparelho e imputar ao empregador responsabilidade por erros no *software* do aparelho.

É o escorço necessário. Passemos a análise da proposição.

II – ANÁLISE

Ab initio, entendo ser indiscutível relembrarmos que o Poder Legislativo, por mandamento expresso da Carta da República (art. 49, inc. V), somente tem competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Note-se que o objetivo dessa norma constitucional é exatamente assegurar e salvaguardar a clássica tripartição dos Poderes no contexto do sistema de freios e contrapesos contemplado na Constituição de 1988.

É cediço que, assim como o Poder Legislativo pratica atos de gestão e julgamentos e o Poder Judiciário pratica atos de gestão e regulamentares, ao Poder Executivo também é assegurado a prática atípica de atos regulamentares.

Isso é previsto no próprio texto constitucional, na medida em que concede aos Tribunais o poder de regulamentar seus próprios Regimentos Internos e o Poder Legislativo de julgar, por comissões de servidores, os atos exorbitantes praticados por seus membros, além da clássica formação de Comissões de Inquérito. Isso sem mencionar a garantia de ambos os Poderes gerirem sua própria organização administrativa e orçamentária.

No Poder Executivo não é diferente. A Constituição deixou-lhe expresso a garantia de expedição de decretos regulamentares (art. 84, IV, CF). Que fique claro, essa garantia regulamentar do Poder Executivo está incrustada em todas as Constituições desde a Carta do Império.

O debate que, volta e meia, acaba se formando, diz respeito, ao tamanho desse poder regulamentar do Poder Executivo e, *per*



consequentiam, quando ele deverá ser sustado pelo Congresso Nacional, na forma do artigo alhures citado.

Nesse sentido, vale a transcrever o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, baseado nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sobre o alcance do poder regulamentar do Executivo e sua diferença com a lei, *verbis*:

“A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, **não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este**. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, **mas tão-somente fixa as “regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada.”**¹”

Em palavras outras, podemos dessumir que, se compararmos a lei e o regulamento com uma obra, o legislador faz o arcabouço e o executivo completa a construção.

Nessa medida, há de se ponderar que não havendo antinomia entre os dispositivos legais e regulamentares, **o regulamento está autorizado a tratar de matéria que o legislador não cogitou, mas somente com o fim de ampliar “o espírito da deliberação legislativa”** (expressão utilizada por Anníbal Freire da Fonseca²).

Parece-me curial desenredar, ainda, que, consoante a posição firmada pelo STF no julgamento do RE 13.357 (RF, 130/150), de 1950, Rel. Min. Ribeiro Costa, “***o regulamento obriga enquanto não fira princípios substanciais da lei regulada***”. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da ADI 2.387 (DJ de 5-12-2003), Rel. Min. Ellen Gracie, pacificando **inexistir “uma delegação proibida de atribuições, mas apenas uma flexibilidade na fixação de ‘standards’ jurídicos de caráter técnico.”**

O poder regulamentar do Executivo é nada mais do que o detalhamento das disposições expressas na lei. Podendo, por vezes, dispor

¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martins & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 915. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008

² Citado em MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martins & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 917. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008



de matéria não exarada na lei, desde que esboce majoração da garantia dos princípios guarnevidos pelo texto legal.

Sobre esses atos administrativos normativos, Hely Lopes Meirelles leciona de forma ímpar observando que “(...) esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a **mesma normatividade da regra legislativa**, embora sejam manifestações tipicamente administrativas”.

Assim:

“Os regulamentos são atos administrativos postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou **prover situações ainda não disciplinadas por lei**. (...) Leis existem que dependem de regulamento para sua execução; outras há que são auto-executáveis (self executing). Qualquer delas, entretanto, pode ser regulamentada, como a só diferença de que nas primeiras o regulamento é condição de sua aplicação, e nas segundas é ato facultativo do Executivo. **O regulamento, embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover sobre minúcias não abrangidas pela norma geral editada pelo Poder Legislativo**”³. 183

Em suma, nessa linha de raciocínio, entendemos que o poder regulamentar do Executivo, **não está adstrito a repetir as regras encerradas na lei**, até porque isso seria um ato inútil, que desrespeita torrencialmente os princípios do art. 37, *caput*, da CF.

Ao revés, os atos regulamentares administrativos são ‘normas’ expedidas pelo Poder Executivo que podem trazer regras dispare das estabelecidas na lei, devendo buscar resguardas os mesmos princípios invocados pela lei regulada.

Na proposição sob análise, a Lei regulamentada (art. 74, § 2º, da CLT), determina que: “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”.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, p. 183. Ed. 35. atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2009.



Por sua vez, a norma regulamentadora exara 31 artigos pormenorizando e detalhando como será o cumprimento do perceptivo regulamentado.

A insurgência talhada na justificação, baseia-se, sobretudo, no fato da regulamentação estabelecer que o registro eletrônico somente é válido se efetuado por meio de um sistema denominado REP (Registrador Eletrônico de Ponto), além de estabelecer obrigações ao fabricante do aparelho, imputar ao empregador responsabilidade por erros no software do aparelho, majoração do custo do aparelho e prejuízo ambiental.

Embora não seja o meio de interpretação mais adequado, logre-se da hermenêutica literal do dispositivo regulamentado, que o registro da hora de entrada e saída do trabalhador do local de serviço, conforme regulamentado pelo Executivo, pode ser por meio manual, mecânico ou eletrônico.

O texto legal parece-me clarividente pela inserção da partícula ‘ou’ que, dependendo do regulamento do Executivo, **o registro de entrada e saída do trabalhador do local de serviço, pode ser apenas de uma forma: seja manual, mecânica ou eletrônica.**

De modo que, a nosso ver, no que tange a essa particularidade, não há qualquer exorbitância do poder regulamentar pelo Ministro do MTE, mormente porque julgou ser de **melhor eficácia a utilização somente do meio eletrônico**, agindo, destarte, na estrita pertinência lhe outorgada pela CLT.

Ao estabelecer normas a serem seguidas pelos fabricantes do aparelho e imputar responsabilidade aos empregadores por erro no software, parece-me razoável que o objetivo intrínseco da Portaria é a **proteção do empregado contra fraudes no sistema do aparelho.**

Essas fraudes no registro de horário, infelizmente, são corriqueiras nas mais diversas empresas. A tecnologia, ao mesmo tempo que nos oferece conforto e modicidade, igualmente nos envolve em vários riscos que é de bom alvitre considerarmos desde logo.

Ponderemos que determinar que são requisitos do aparelho, a existência de relógio interno de tempo real com precisão mínima de um minuto por ano com capacidade de funcionamento ininterrupto por um



período mínimo de mil quatrocentos e quarenta horas na ausência de energia elétrica de alimentação e mostrador do relógio de tempo real contendo hora, minutos e segundos (art. 4º, Portaria n. 1.510/09-MTE), não chega a extrapolar as disposições da lei.

Pelo contrário, demonstra real preocupação com a fidelidade das informações registradas.

Do mesmo modo, podemos classificar as determinações de: quais operações deverão ser gravadas de forma permanentes na MRP; ou quais as funcionalidades do REP; os campos a serem registrados no MRP; a exigência de cadastro do fabricante junto ao MTE; a exigência Certificado de Conformidade do REP à Legislação ou Atestado Técnico e Termo de Responsabilidade; ou outras exigências de controle do aparelho pelo Ministério.

Ressalte-se que, como já dito, mas não é por demais reprimir, desde que o regulamento atenda ao **‘espírito’ do dispositivo legal, salvaguardando seus princípios basilares**, não há qualquer vedação ao tratamento de especificidades não travadas na lei, sendo essa a própria função do regulamento, diga-se *en passant*.

Referente a majoração do custo do aparelho em cerca de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), colocando em risco a vida empresarial das empresas de pequeno porte e microempresas, há de se ressaltar que se formos tomar por base tal ponto, não estamos mais falando em extração do poder regulamentar, mas sim na própria essencial meritória do ato normativo.

Salvo melhor juízo, acredito que esse tipo contraposição não pode ser feito em desfavor da Portaria, mas sim à própria lei regulamentada, tendo em razoável linha de estima que parte da lei a exigência de que os registros de horário de entra e saída dos empregados será obrigatório para as empresas com mais de 10 (dez) funcionários.

Assim, para alteração dessa sistemática e, por corolário, melhorar a vida empresarial desses tipos de empresas de menores portes, é necessária a alteração do próprio texto legal, introduzindo, *v. g.* uma exceção que atenua as exigências para essas empresas, aumentando a quantidade do limite decenal de funcionários.



Os prejuízos ambientais sustentados na justificação da proposição sob exame, são louváveis e sapientes, entretanto, **não induz uma extração de poder regulamentar.**

Advitta-se que o objetivo da lei regulamentada é constituir um meio idôneo de registrar os horários de entrada e saída do empregado de seu local de labor. E, em consonância, a finalidade da portaria regulamentadora é a disponibilidade ao trabalhador de uma meio hábil de comprovar os horários que ardeu labor em pró do empregador.

Por lógica, que nos parece uma duplicitade inútil, na medida em que o aparelho, ao cumprir todas as exigências da portaria, se torna impróprio para fraudes, mas isso não pode imputar ao regulamentador um ato de extração.

Ao contrário, demonstra, outra vez, a sua **preocupação** com a efetiva veracidade das informações registradas.

Até mesmo porque, se ponderararmos sobre prejuízo ambiental pela emissão do recibo de comprovação do registro ponto, nos relembraremos de vários outros instrumentos como emissão de cupom fiscal, recibo de transação de cartão de créditos ou débito, panfletagem em via pública, etc., todos de igual ou pior interferência ambiental.

Sopese-se que foi a própria lei que fixou a obrigação de anotação dos horários de expediente do trabalhador. Não cabendo, destarte, o Poder Legislativo sustar o ato regulamentador apenas porque não concorda com o conteúdo regulamentado.

A opção de controle legislativo fixada no art. 49, inc. V, da CF, não se presta a juízo de valor sobre conteúdo regulamentado pelo Executivo, mas sim a sua vinculação aos limites importes pela lei.

Ademais, o Poder Judiciário já enfrentou a matéria, determinando a aplicação da norma regulamentadora, por estar atrelada aos limites da norma regulamentada. Nesse sentido, pode ser colhido do julgamento do processo n. 001488496.2010.403.6100, da 21ª Vara Federal de São Paulo, Juiz Eurico Zecchin Maiolino, além do julgamento do AgRg no MS n. 15.429-DF (2010/0111964-0) pelo Colendo STJ.



Em suma, sopesando detidamente os elementos constantes da proposição, acredito que o § 2º do art. 74 da CLT, por ser demasiado abstrato (“*conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho*”), acabou por outorgar ao Executivo um leque de poder regulamentar relevante, que não foi extrapolado com a expedição da Portaria n. 1.510, de 2009-MTE.

Registre-se que a abstração de regras legais não imputa um desmerecimento ou omissão do Poder Legislativo. Pelo contrário, é prática cada vez mais reiterada em sistemas estrangeiros avançados, conforme nos lembra Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ ao se referir aos atos regulamentares no Direito europeu.

Enfim, cotejando os limites outorgados pela lei regulada com as disposições exaradas pela portaria regulamentadora, não observo nenhuma extração de poder.

III – VOTO

Em face do exposto, consciente da inconstitucionalidade superveniente que o Decreto aqui analisado pode resultar por exorbitar do poder de controle ‘interpoder’ encerrado no art. 49, inc. V, da CF, opino pela **rejeição** do Projeto de Decreto Legislativo n. 593, de 2010. Ficando, logicamente, resguardado a possibilidade de alterações do art. 74, § 2º, da CLT, para adequá-lo a essa ou aquela excepcionalidade (ou juízo de valor do Poder Legislativo).

Sala da Comissão,

PEDRO TAQUES
Senador da República

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, p. 323. 21 ed. revista e atualizada até a EC 52, de 2006. São Paulo : Editora Medeiros. 2006.