

CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO: REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

(publicado em **REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**, v. 86, p. 27-43, 2020).

Bruno Freire e Silva*
Felipe Bernardes*

Resumo: o texto analisa a temática do controle de jornada de trabalho de empregados submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho, sobretudo no que tange ao regime de controle de jornada por exceção. Investiga-se o tema à luz das modificações empreendidas pelas Leis 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), bem como a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema. Estuda-se, também, a constitucionalidade e a eficácia temporal dos novos diplomas legislativos, bem como a natureza jurídica das normas relativas a controle de jornada.

Palavras-chave: controle de jornada por exceção; horas extraordinárias; Reforma Trabalhista; Lei da Liberdade Econômica.

Abstract: The aim of this study is to analyze the record-keeping obligations by Brazilian employers regarding the hours worked by their employees, under the “Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (Consolidation of Labor Laws – CLT), with emphasis on the so-called ‘work time records by exception’. The article provides a brief overview of the new provisions added to the CLT by Statute No. 13,467/2017 (*Brazilian Labor & Employment Reform Act*) and Statute No. 13,874/2019 (*Economic Freedom Act*). The main purpose is to interpret these new provisions in accordance with the 1988 Brazilian

* Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Professor Adjunto de Direito Processual do Trabalho na UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Graduação, Mestrado e Doutorado). Membro Titular da Cadeira n. 68 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

* Juiz do Trabalho (TRT da 1ª Região). Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Constitution. Furthermore, the article examines the classification and the legal nature of these new rules, and some of their most relevant aspects.

Key words: Brazilian Labor and Employment Reforms; Economic Freedom Act; overtime control; record-keeping.

1) Delimitação do tema

O presente artigo analisará o tema do controle da jornada de trabalho de empregados com contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), à luz da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de recentes modificações legislativas – notadamente as chamadas “Reforma Trabalhista” e “Lei da Liberdade Econômica” –, com o objetivo de verificar se há, ou não, necessidade de atualização e/ou modificação do entendimento da Corte.

Nesse propósito, parte-se da exposição pormenorizada das modificações legislativas empreendidas a respeito do tema para, na sequência, investigar a natureza jurídica das normas concernentes ao controle da jornada de trabalho. Fixadas tais premissas, será possível analisar a problemática da constitucionalidade e a eficácia intertemporal das novas previsões legais, bem assim o respectivo impacto em entendimentos firmados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, especialmente no que tange à sua Súmula 338.

Por fim, será feita a análise de acórdão no qual o Tribunal Superior do Trabalho concluiu que, mesmo diante da ausência do reclamante à audiência de instrução, o fato de não terem sido juntados, injustificadamente, os cartões de ponto pela reclamada gera presunção de veracidade da jornada da petição inicial e consequente julgamento de procedência do pedido. Buscar-se-á definir se o julgado se harmoniza com o arcabouço legal aplicável, bem como se é coerente com a jurisprudência da própria Corte Superior.

2) Arcabouço legislativo e Lei da Liberdade Econômica

O tema do controle da jornada de trabalho foi regulamentado inicialmente pelo art. 74 da CLT, cuja redação revogada previa:

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

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

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez 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. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

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

A Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) modificou o referido dispositivo legal, que passa a disciplinar o tema nos seguintes termos:

“Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual,

mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo.

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”.

Além disso, o art. 611-A, X, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, passou a prever que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre (...) modalidade de registro de jornada de trabalho”.

Depreende-se que a nova lei alterou os seguintes pontos: (i) a obrigatoriedade de anotação de jornada de trabalho passa a se aplicar somente para estabelecimentos que tenham mais de 20 (vinte) trabalhadores, ao passo que anteriormente abrangia aqueles com mais de 10 (dez) empregados; (ii) passa-se a admitir, em consonância com as novas tecnologias, que os trabalhadores externos consignem seus horários não apenas em registros manuais – como previsto pela legislação revogada –, mas também em suportes mecânicos ou eletrônicos; (iii) foi estabelecida a possibilidade de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho.

O último ponto merece exame em separado.

3) Registro de ponto por exceção: significado e evolução do tema

O controle de ponto por exceção é aquele em que se anotam apenas as excepcionalidades, ou seja, se a jornada for ordinária, nada se anota.¹ Trata-se, por assim dizer, de situação intermediária entre a necessidade absoluta de controle da jornada e a dispensa completa de realização de quaisquer anotações relativas aos horários de trabalho.

De fato, o registro de ponto por exceção, quando adotado, faz com que o empregado anote em documentos – os chamados cartões, folhas ou controles de ponto – apenas as situações em que não foi cumprida a jornada contratual, seja porque houve falta, atraso ou saída antecipada do trabalhador, seja porque este excedeu a jornada ordinária regular em função da realização de horas extras.

¹ Cf. MIZIARA, Raphael. *Moderno Dicionário de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2019, p. 75.

Caso o empregador opte por adotar o regime de ponto por exceção e venha a ser demandado judicialmente no que tange a horas extraordinárias, há, do ponto de vista lógico-jurídico – partindo da premissa da validade de tal sistema de controle de jornada, o que será analisado abaixo –, as seguintes possibilidades atinentes à contestação:

- (i) o empregador nega a prática de horas extras. Nesse caso, não há necessidade de juntada, pelo empregador, de quaisquer documentos relativos à jornada de trabalho, com a ressalva óbvia do acordo individual escrito ou da norma coletiva que autorize o registro de ponto por exceção. De fato, se não houve serviço extraordinário, não havia necessidade de anotações e, conseqüentemente, de elaboração de qualquer documento. Nada impede, entretanto, que o empregador opte por juntar documento apontando a inexistência de exceções à jornada contratual;

- (ii) o empregador admite a realização de horas extras. Em tal hipótese, deve juntar os registros de ponto correspondentes, o que permitirá, em cotejo com os contracheques ou recibos de pagamento, perquirir se as horas extraordinárias foram devidamente quitadas. De outro lado, não juntados os registros de ponto por exceção, ter-se-á presunção relativa de veracidade da jornada da inicial, nos moldes preconizados na Súmula 338, I, do TST.

Observe-se que, caso opte por não juntar os registros de ponto sob o fundamento de não ter havido exceções à jornada contratual, recairá sobre o empregador o ônus de comprovar, por outros meios de prova, eventuais alegações de atrasos ou ausências injustificadas do trabalhador – o que pode ser sustentado na contestação de eventual pedido de reversão de justa causa ou de descontos salariais indevidos.

Ademais, o registro de ponto por exceção não se confunde com a anotação de horários de entrada e saída invariáveis – o chamado “ponto britânico”. Ao dispensar o registro da jornada ordinária, não se está admitindo, sem manifesto lógico, que o trabalhador inicie e encerre a sua jornada de trabalho exatamente no mesmo horário todos os dias. Na verdade, a inexistência de exceções significa que a jornada contratual está sendo regularmente cumprida, independentemente dos horários de início e término do expediente, além de variações de 5 (cinco) minutos na entrada ou na saída, as quais não são computadas como jornada extraordinária, nem são descontadas, observado o limite diário de 10 (dez) minutos, conforme art. 58, §1º, da CLT.

A jurisprudência majoritária do TST se inclina pelo reconhecimento da invalidade de normas coletivas instituidoras do regime de ponto por exceção.

Fundamenta-se com o fato de que o art. 74, §2º, da CLT, seria norma de ordem pública, além do que a negociação coletiva não poderia suprimir direitos indisponíveis ou “impedir o seu exercício”². Veja-se o seguinte julgado, que representa tal tendência jurisprudencial:

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que o sistema de controle de jornada por exceção, ainda que previsto em acordo coletivo, contraria o art. 74, § 2º, da CLT, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade, pelas empresas com mais de 10 empregados, de anotação das horas de entrada e saída de seus empregados, nos termos do item I da Súmula 338 desta Corte. Precedentes. (...)" (Ag-AIRR-20004-35.2015.5.04.0733, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 19/11/2019).

No entanto, há julgados de Turmas do TST em sentido contrário³, admitindo a flexibilização do regime de controle de jornada adotada em norma coletiva, com base no art. 7º, XXVI, da Constituição, o qual reconhece a força normativa de convenções e acordos coletivos de trabalho. Importante destacar, ainda, decisão da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, que concluiu pela possibilidade de que a negociação coletiva transacione “a forma como o controle de frequência dos empregados será exercido, desde que não atente contra a lei”, até porque “o sistema alternativo de jornada é facultado pela Portaria 373/11 do Ministério do Trabalho e Emprego”⁴.

Tais acórdãos se referem a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica e da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Faz-se necessário, portanto, investigar a constitucionalidade e a eficácia intertemporal das referidas alterações legislativas, para o que é imprescindível

² ARR-181-30.2014.5.03.0057, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 31/05/2019.

³ Por exemplo, RR-1001704-59.2016.5.02.0076, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 29/03/2019.

⁴ AIRO-277-95.2015.5.17.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Redator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 28/11/2019.

analisar, previamente, a natureza jurídica das normas alusivas a controle da jornada de trabalho.

4) Natureza jurídica das normas sobre controle de jornada

No julgado citado no tópico anterior, a SDC do Tribunal Superior do Trabalho considerou que o controle de jornada de trabalho é regulado por “norma de natureza processual, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT e, portanto, tal como retratada na Súmula 338 do TST, não se trata de norma de ordem pública”.

Embora correta a conclusão do julgado, há dois pontos dignos de nota a respeito do raciocínio estabelecido pelo Tribunal. Em primeiro lugar, há diversas normas processuais que se caracterizam por serem de ordem pública, tais como as que disciplinam a competência absoluta, impedimento de magistrados, a publicidade do processo, entre diversas outras.⁵ É certo que há regras processuais que podem ser (i) afastadas pela vontade das partes, como as atinentes à competência territorial, ou (ii) objeto de negociação processual, nos termos do art. 190 do Código de Processo Civil, mas isso não permite a ilação de que as normas processuais em geral não seriam de ordem pública por tal motivo.

Além disso, não se pode dizer, pura e simplesmente, que as regras relativas a controle de jornada ostentem natureza processual. Para demonstrar o argumento, basta supor a situação – não rara, por sinal – em que o tema das horas extraordinárias não seja judicializado. Evidentemente, não existindo processo judicial, não se pode dizer que se trate de norma processual...

Na verdade, as normas concernentes a controle de jornada criam obrigação acessória para os empregadores, de forma semelhante às obrigações tributárias acessórias de escrituração. Paralelamente à obrigação de pagar as horas extras realizadas por seus trabalhadores, os empregadores têm a obrigação de fazer, imposta por lei, de promover o registro das jornadas de trabalho.

Trata-se, assim, de regra de direito material que, inegavelmente, gera repercussões no âmbito administrativo, já que a sua infração é fato gerador de

⁵ Cf. GRECO, Leonardo. *Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz. *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*, 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 696.

Formatado: Justificado

Excluído: GRECO, Leonardo. *Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. In: *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*.

multa administrativa a ser aplicada pelos órgãos da fiscalização do trabalho (CLT, art. 75), e também no âmbito processual.

Processualmente, a situação se enquadra nos arts. 396, 399 e 400 do CPC. Tal regulamentação prevê que, se a parte tiver a obrigação legal de exibir os documentos – tal como sucede com os controles de ponto, nas situações abrangidas no art. 74, §§2º e 4º, da CLT –, a sua não exibição injustificada (equiparada à recusa ilegítima de exibição) gera presunção relativa (“*juris tantum*”) de veracidade dos fatos que se pretendia provar com o documento. Como toda presunção relativa, pode ser afastada em virtude de prova em sentido contrário e gera inversão do ônus da prova, “podendo a parte prejudicada produzir prova no sentido de desconstituí-la [a presunção]”.⁶

Sob outro enfoque, para saber se é possível, ou não, flexibilizar as regras sobre controle de jornada, seja por lei, seja por norma coletiva ou até mesmo por acordo individual, não importa a natureza processual ou material, pois ambos os tipos de normas podem ser objeto de negociação, desde que não sejam cogentes, ou seja, não se considerem de ordem pública. O que vai definir se a flexibilização se harmoniza com a Constituição é o fato de se tratar de direito disponível ou indisponível, conforme se demonstrará no próximo tópico.

5) Eficácia intertemporal e constitucionalidade das novas previsões legais

As normas sobre registro de jornada de trabalho, em função de seu caráter material, têm eficácia imediata, podendo ser aplicadas quer aos novos contratos de trabalho, quer àqueles firmados anteriormente à vigência da nova lei. De fato, embora o tema gere polêmicas – que refogem ao escopo específico deste artigo –, deve-se entender que o

“princípio da condição mais benéfica aplica-se somente a cláusulas contratuais, tácitas ou expressas, mas não imuniza a relação de emprego contra alterações promovidas pela lei posterior desfavorável ao empregado”.⁷

⁶ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 238.

⁷ MAGALHÃES, Joalvo. *Aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho celebrados antes de sua vigência*. In TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (org.). *Reforma Trabalhista: primeiras impressões*. Campina Grande: EDUEPB, 2018, p. 249.

Assim, estritamente do ponto de vista do direito intertemporal, é correto afirmar que as inovações decorrentes da Lei 13.467/2017 e da Lei 13.874/2019, no que tange ao controle de jornada, têm aplicação imediata⁸. Assim, por força do art. 611-A, X, da CLT, no mínimo desde 11.11.2017 (data de entrada em vigor da Reforma Trabalhista) passou a ser possível que convenções e acordos coletivos de trabalho prevíssem a figura do registro de ponto por exceção, mesmo em relação a contratos de trabalho firmados anteriormente. E, a partir de 20.09.2019 (entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica), tal modalidade de controle de jornada passou a poder ser objeto de acordo individual entre trabalhador e empregador, sendo possível também a celebração de tal tipo de acordo em contratos de trabalho anteriores a tal data.

Contudo, resta investigar se o sistema de controle de ponto por exceção se harmoniza com os ditames constitucionais, perquirindo se a conclusão deve ser diferente em cada um dos três seguintes marcos temporais: (i) antes da Reforma Trabalhista, que introduziu expressamente na lei a possibilidade de a negociação coletiva dispor sobre modalidade de registro de jornada; (ii) entre a entrada em vigor da Reforma Trabalhista e a Lei da Liberdade Econômica, período em que a legislação ainda não admitia que o acordo individual dispusesse a respeito; (iii) no período posterior à entrada em vigor da Lei 13.874/2019.

Quanto ao período (i), a jurisprudência do TST não é uniforme a respeito, conforme demonstrado no item 3, *supra*. De um lado, argumenta-se que, desde sempre, o art. 7º, XXVI, da Constituição, ao reconhecer a força normativa das convenções e acordos coletivos de trabalho, já permitia a flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive suprimindo ou reduzindo direitos previstos em lei:

“as normas coletivas têm ampla liberdade para conceder benefícios superiores aos previstos em lei, mas têm limitações quando desejarem reduzir ou suprimir (...). Este

⁸ Sobre o tema, indicamos a leitura de nosso trabalho “A Instrução Normativa 41 do Tribunal Superior do Trabalho, o regimento do Direito Intertemporal e a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais”, Partes I e II, *in* Revista de Processo n. 297 e n. 298, novembro/2019 e dezembro/2019, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

poder está limitado pelos direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores”.⁹

Deve-se observar que o direito à limitação da jornada está previsto constitucionalmente (CF, art. 7º, XIII), diferentemente dos critérios de registro da jornada, os quais sempre foram regulados apenas no plano legal ordinário. Tampouco se pode dizer que o registro de ponto por exceção seria tendente a “impedir” a fruição da limitação de jornada estabelecida constitucionalmente; na verdade, tal modalidade de registro prestigia a liberdade negocial e a boa-fé entre os envolvidos, assentando-se no secular brocardo jurídico segundo o qual o ordinário se presume, e o extraordinário se prova.

Assim, não se tratando de flexibilização de direito previsto constitucionalmente, já se revelava possível a instituição do sistema de registro de ponto por exceção mediante negociação coletiva, mesmo antes da Lei 13.467/2017.

Contudo, tal conclusão não encontra eco na jurisprudência majoritária do TST, que vinha estabelecendo os seguintes limites à negociação coletiva: ela não seria possível mediante pura renúncia a direitos, havendo necessidade de efetiva transação (= concessão de vantagens recíprocas entre os envolvidos), a qual não seria viável, entretanto, em se tratando de direitos de indisponibilidade absoluta. Nas palavras de respeitabilíssima doutrina, os direitos de indisponibilidade absoluta

“não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. (...) No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (...); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (...); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc.)”.¹⁰

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 16a ed. São Paulo: Método, 2018, p. 1244.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10a ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 1331.

De acordo com a tendência então majoritária do TST, antes da Reforma Trabalhista, as normas sobre registro de jornada se revestiriam de indisponibilidade absoluta, razão por que não poderiam ser objeto de negociação coletiva, sendo inválidas, nessa ótica, previsões normativas que instituísem o controle de jornada por exceção.

Veja-se, no entanto, que, no período (ii), ou seja, após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o já citado art. 611-A, X, da CLT, passa a admitir expressamente que a negociação coletiva verse sobre o sistema de controle da jornada de trabalho, o que, por si só, descaracteriza tal direito como sendo de “indisponibilidade absoluta”. Aliás, o parágrafo único do art. 611-A estatui textualmente que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

No que tange ao período (iii), posterior à Lei da Liberdade Econômica, o art. 74, §4º, passa a admitir expressamente o regime de controle de ponto por exceção, não só mediante norma coletiva, mas também por força de acordo individual direto entre trabalhador e empregador.

Conclui-se que, desde as Leis 13.467/2017 e 13.874/2019, para os fatos ocorridos após a respectiva entrada em vigor, perde fundamento o entendimento segundo o qual não seria possível o estabelecimento do controle de jornada por exceção, a menos que se considerem inconstitucionais os arts. 611-A, X, e 74, §4º, da CLT.

Contudo, não seria razoável uma declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos. Em favor de tal tese, entretanto, seria possível argumentar pela violação ao princípio do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e ao art. 7º, XIII, o qual estabelece o limite de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais de trabalho.

Sucedo que o sistema de controle por exceção não está a autorizar jornadas de trabalho superiores aos limites constitucionais. Trata-se de opção legislativa plenamente válida, que tem o objetivo de desburocratizar e simplificar a documentação das relações de trabalho.

Só haveria inconstitucionalidade se a Lei Maior expressamente exigisse o sistema ordinário de controle de jornada para todos os casos, o que evidentemente não acontece. Perceba-se, a respeito, que a própria legislação infraconstitucional – aplicada sem ressalvas durante décadas – já previa situações de desnecessidade de controle de jornada, como nos casos de empregados titulares de cargos gerenciais ou que realizem serviços externos

incompatíveis com o controle (CLT, art. 62, I e II), bem como no caso de estabelecimentos com menos de dez empregados (na redação antiga do art. 74, §2º, da CLT).

Desse modo, o Judiciário deve respeitar as opções legislativas cujos conteúdos, ainda que desagradem eventualmente ao intérprete, não violem o texto constitucional. De fato,

“a Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeru. (...) A *preferência da lei* concretiza os princípios da separação de Poderes, da segurança jurídica e da isonomia”¹¹(grifos no original).

Urge, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho adeque sua jurisprudência e passe a reconhecer sua validade, especialmente – mas não apenas – no que tange a normas coletivas celebradas após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 e, também, a acordos individuais celebrados após a Lei 13.874/2019.

6) Efeitos práticos da modificação legislativa e superação da Súmula 338 do TST

Conforme premissa assentada na Ciência Econômica, segundo a qual “as pessoas reagem a incentivos” e que “um incentivo é algo que induz uma pessoa a agir, tal como a perspectiva de uma punição ou recompensa”¹², é lícito supor que grande parcela dos empregadores passe a adotar o sistema do controle de ponto por exceção, por dois motivos principais: (i) maior simplicidade na operacionalização, já que apenas situações excepcionais precisam ser anotadas

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 392-393.

¹² MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Trad de *Principles of economics* (8. Ed.): Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; revisão técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage, 2020, p. 6.

nos documentos; (ii) judicializada a questão, o ônus da prova das horas extraordinárias passa a ser do trabalhador.

De fato, se a contestação negar a prática de horas extras e houver sido adotado validamente o sistema de controle de jornada por exceção, o empregador não terá a obrigação legal de exibir quaisquer documentos de controle de jornada, razão pela qual não haverá presunção de veracidade da jornada declinada na petição inicial (CPC, art. 399, I, a *contrario sensu*, c/c art. 400).

No entanto, se o empregador optar por fazer o controle ordinário da jornada de trabalho, fica obrigado a juntá-lo aos autos do processo em que se discutam horas extraordinárias, sob pena de, não o fazendo, ocorrer a inversão do ônus da prova¹³, em função da presunção relativa de veracidade da jornada da petição inicial, decorrente da não exibição injustificada dos documentos (CPC, art. 400, I).

Conclui-se pela necessidade de modificação do item I da Súmula 338 do TST, o qual atualmente prevê que:

“ 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”.

13 Conforme observamos em “A distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho (Revista Ltr, vol. 83, n. 01, janeiro de 2019), além da inversão do ônus da prova, não se pode olvidar também do novo instituto da carga dinâmica do ônus da prova, diante de ponto de convergência existente entre eles, consistente na aplicação do princípio da igualdade, que prevê que o efetivo acesso à jurisdição pode restar prejudicado na hipótese de as partes litigantes não receberem um tratamento diferenciado para neutralizar as desigualdades existentes entre elas. Assim, tal princípio é invocado tanto nas situações de diferenças culturais, técnicas e econômicas entre as partes que ensejam a inversão do ônus da prova, como nas situações de maior dificuldade de alguma delas produzir determinada prova, que autoriza a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas com o fim de equilibrar a situação processual das partes.

Na teoria da carga dinâmica do ônus da prova, entretanto, além do princípio da igualdade, é clara a aplicação do princípio da cooperação. O encargo de produzir a prova não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas sim casuisticamente. A distribuição não pode ser estática e inflexível, mas sim dinâmica. Pouco importa a posição assumida pela parte na causa, se autor ou réu. A natureza do fato probando, outrossim, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo também não é relevante. A questão do ônus da prova é direcionada àquele que tem melhores condições para produzi-la.

É digno de registro que na jurisprudência trabalhista sempre houve uma tendência de se adotar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova¹³. Tal tendência se concretizou pela positividade da teoria não somente no CPC/2015, mas também na Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista), que incluiu o parágrafo 1º no art. 818 do texto celetista.

Para se adequar aos novos ditames legais, a Súmula deveria ser ajustada, de modo a prever que:

- (i) a partir de 20.09.2019, com a ressalva da adoção do regime de controle de jornada por exceção, apenas empregadores que tenham mais de 20 (vinte) empregados têm o ônus de juntar controles de frequência, sendo que a não apresentação injustificada de tais documentos gera presunção relativa de veracidade da jornada declinada na petição inicial, admitindo-se a produção de prova em contrário;

- (ii) caso adotado o regime de controle de jornada por exceção e negada, em contestação, a prática de horas extras, o empregador não tem o ônus de juntar documentos comprobatórios da jornada de trabalho, sendo do trabalhador o ônus da prova das horas extraordinárias alegadas na petição inicial;

- (iii) o regime de controle de jornada por exceção pode ser estipulado por convenção ou acordo coletivo de trabalho e, somente a partir de 20.09.2019, também por acordo individual, em ambos os casos inclusive quanto a contratos de trabalho firmados anteriormente à norma coletiva ou ao acordo individual;

- (iv) a adoção do regime de controle de jornada por exceção não invalida o item III da Súmula 338¹⁴, pois reconhecer que não houve jornada extraordinária é diferente de pretender-se afirmar que os horários de entrada e saída são absolutamente invariáveis (“ponto britânico”), o que não é crível de acordo com as máximas da experiência. Assim, mesmo que adotado o controle por exceção, será considerado inválido eventual cartão de ponto – desnecessariamente elaborado e juntado aos autos – que apresente horários invariáveis de entrada e saída.

7) Cartões de ponto, confissão ficta e real e outros meios de prova: estudo de caso

¹⁴ TST, Súmula 338, 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.

O tema central do presente estudo consiste no registro de controle de jornada por exceção, mas as observações lançadas nos tópicos anteriores permitem que se faça a análise da jurisprudência majoritária do TST, relacionada a tema correlato e cristalizada em recente acórdão da SDI-1 do Corte, assim ementado:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. NÃO COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM PROSSEGUIMENTO. CONFISSÃO FICTA. NÃO APRESENTAÇÃO PELA EMPREGADORA DOS CARTÕES DE PONTO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DE TRABALHO APONTADA NA PETIÇÃO INICIAL.

1. A jurisprudência desta Subseção é firme no sentido de que em hipóteses como a dos autos, em que aplicável ao reclamante a confissão ficta, face ao não comparecimento do mesmo à audiência em prosseguimento, remanesce o ônus da empregadora quanto à juntada dos cartões de ponto, na forma do art. 74, § 2º, da CLT e da Súmula 338 do TST.

2. Não tendo a reclamada se desvinculado do encargo que lhe competia, pois não apresentados os registros de ponto, presume-se verdadeira a jornada de trabalho apontada na petição inicial. (E-ARR-1416-71.2016.5.12.0005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 23/08/2019).

Em resumo, a SDI-I concluiu que, nas hipóteses em que o empregador é obrigado, por força de lei, a promover a elaboração de cartões de ponto, e tais documentos não sejam juntados aos autos injustificadamente, o pedido de horas extraordinárias deve ser julgado procedente, mesmo diante de confissão ficta do reclamante decorrente de seu não comparecimento à audiência de instrução.

A decisão parece partir da equivocada premissa de que se estaria diante de duas “confissões fictas recíprocas” – uma decorrente da ausência do reclamante à audiência de instrução, outra supostamente decorrente da não apresentação dos cartões de ponto –, que se “anulariam”, por assim dizer. Contudo, tal entendimento não se harmoniza com a jurisprudência do próprio TST, como se demonstrará.

De fato, como visto no tópico 4 deste estudo, a não apresentação injustificada dos cartões de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada da petição inicial, em função da incidência dos arts. 396, 399 e 400 do CPC. Tal situação jurídica não se confunde com a da confissão: a não exibição dos documentos é, na verdade, exemplo de presunção legal relativa.¹⁵

Conforme art. 389 do CPC, a confissão acontece “quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”. Vê-se que se trata de comportamento ativo da parte. De outro lado, é certo que a figura da ficção jurídica consiste em “aplicar a uma categoria jurídica o regulamento próprio de outra”, não tendo o condão de converter em “real o que não é verdadeiro”.¹⁶

No tema da confissão, o art. 385, §1º, do CPC, estatui que “se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicarlhe-á a pena”. Aqui está prevista, portanto, a confissão ficta: trata-se de ficção porque se sabe que não houve o comportamento ativo da confissão, mas o legislador equipara as situações (confissão ficta e confissão real) para todos os fins.

Por tal motivo, quando configurada a confissão ficta, aplica-se o art. 443, I, do CPC, segundo o qual “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I – já provados por documento ou confissão da parte”. A parte

¹⁵ Cf. DIDIER JR., *op.cit.*, *loc.cit.* Também tratam a situação como presunção de veracidade, e não como confissão: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. V. único. 4ª ed ampliada, atualizada e integralmente revista. São Paulo, Saraiva, 2018, p. 421; MANGONE, Katia Aparecida. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coordenadores). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.191.

¹⁶ NADER, PAULO. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 226.

confessa – seja por confissão real ou confissão ficta – perde o direito subjetivo de produzir provas em sentido contrário, o que é decorrência do princípio da boa-fé processual objetiva e vedação ao comportamento contraditório, sendo este o fundamento irretocável da Súmula 74, II, do TST, segundo a qual não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

Veja-se que a conclusão da Súmula 74 somente é possível porque a lei equipara expressamente a confissão ficta à confissão real. Diferentemente, a não exibição injustificada de documentos (CPC, art. 400) não é tratada pela lei como confissão ficta, mas como mera presunção legal. Sabe-se que toda presunção legal relativa admite a produção de prova em contrário. É o que acontece, por exemplo, com as anotações constantes da CTPS, as quais podem ser infirmadas por qualquer meio de prova (TST, Súmula 12).

Observe-se que a própria Súmula 338, I, da Corte Superior, admite a produção de prova em contrário pelo empregador que não juntou injustificadamente os cartões de ponto. Tratando-se de espécie de inversão do ônus da prova, não poderia mesmo ser diferente, até porque o sistema de apreciação probatória adotado no Processo do Trabalho brasileiro não é o da prova tarifada, mas o da persuasão racional (CPC, art. 371). A jurisprudência do TST é uníssona no sentido de que, mesmo diante da não apresentação injustificada dos cartões de ponto, a prova oral produzida no processo pode infirmar a jornada declinada na petição inicial.¹⁷

Assim, diante da ausência injustificada do reclamante à audiência de instrução, dá-se a sua confissão ficta, a qual se equipara, em tudo, à confissão real. Nessa hipótese, deve-se considerar comprovada a jornada alegada na contestação, ainda que não juntados os cartões de ponto. De fato, da mesma forma que a jornada da contestação pode ser provada por meio de testemunhas, pode também sê-lo por meio de confissão real ou ficta.

Nesse diapasão, pensar diferentemente, além de gerar incongruência com a Súmula 74 do TST e com os arts. 385, §1º, e 414, I, do CPC, acaba por

¹⁷ Nesse sentido, exemplificativamente, entre muitos outros: R-136-36.2016.5.06.0101, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, DEJT 18/10/2019); Ag-E-ED-Ag-RR-658-50.2014.5.20.0002, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 22/11/2019; AIRR-100244-38.2016.5.01.0481, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 11/10/2019; AIRR-1000093-86.2017.5.02.0383, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 20/09/2019.

violar o princípio da economia processual, ao exigir que o reclamado produza prova testemunhal da jornada, mesmo na hipótese que ficou impossibilitado de obter confissão real diante da ausência injustificada do reclamante.

8) Conclusão

Assim sendo, diante do exposto, enunciamos sinteticamente as conclusões do presente estudo:

- (i) a Lei 13.467/2017 passou a admitir o regime de controle de jornada por exceção, desde que haja previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e, a partir da vigência da Lei 13.874/2019, tal sistema pode ser implantado mediante acordo individual;

- (ii) o regime de controle de jornada por exceção pode ser usado mesmo quanto a contratos de trabalho firmados antes da entrada em vigor das referidas leis;

- (iii) quanto ao período anterior à Lei 13.467/2017, a jurisprudência do TST apresenta divergências no que tange à possibilidade de norma coletiva instituir tal modalidade de registro de jornada;

- (iv) as referidas modificações legislativas são constitucionais e devem ser observadas pelo Poder Judiciário;

- (v) o item I da Súmula 338 do TST deve ser modificado;

- (vi) caso adotado validamente o controle de jornada por exceção, o empregador fica desobrigado de elaborar e juntar quaisquer documentos aos autos do processo em que se discutam horas extras. O ônus da prova do serviço extraordinário, em tais casos, será do trabalhador;

- (vii) ainda que adotado o controle de jornada por exceção, são inválidos como meios de prova os cartões de ponto – por hipótese, elaborados e juntados aos autos desnecessariamente – que apresentem horários invariáveis de entrada e de saída. Nessa situação, inverte-se o ônus da prova, que passa a ser do empregador. A Súmula 338, III, do TST, mantém-se incólume;

- (viii) a adoção do regime de ponto por exceção obriga o empregador a registrar eventuais ausências e atrasos do trabalhador, o que pode ter reflexos em eventual pedido de desconstituição de justa causa ou devolução de descontos salariais;

- (ix) a ausência dos documentos relativos ao controle de jornada, quando exigíveis, não gera confissão do reclamado, mas apenas presunção

relativa, razão pela qual é possível a produção de qualquer meio de prova – inclusive a confissão ficta do reclamante – apto a infirmar a jornada declinada na petição inicial.

9) Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. V. único. 4ª ed ampliada, atualizada e integralmente revista. São Paulo, Saraiva, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

E SILVA, Bruno Freire. *O Novo CPC e o Processo do Trabalho II – Processo de Conhecimento*. São Paulo: Ltr, 2017.

GRECO, Leonardo. *Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz. *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 657-699.

MAGALHÃES, Joalvo. *Aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho celebrados antes de sua vigência*. In TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (org.). *Reforma Trabalhista: primeiras impressões*. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

MANGONE, Katia Aparecida. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coordenadores). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1187-1196.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Trad de *Principles of economics* (8. Ed.): Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima; revisão técnica: Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage, 2020.

MIZIARA, Raphael. *Moderno Dicionário de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2019.

NADER, PAULO. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.