

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB
CURSO DE DIREITO

JOHN WALISSON MORAES LINDOSO

**JORNADA DE TRABALHO NO REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A
JURISPRUDÊNCIA DO TST: a quem pertence o ônus probatório, ao empregado ou ao
empregador?**

São Luís
2020

JOHN WALISSON MORAES LINDOSO

**JORNADA DE TRABALHO NO REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A
JURISPRUDÊNCIA DO TST: a quem pertence o ônus probatório, ao empregado ou ao
empregador?**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário UNDB como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Márcia Cruz Feitosa

São Luís

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Lindoso, John Walisson Moraes

Jornada de trabalho no registro de ponto por execução e a jurisprudência do TST: a quem pertence o ônus probatório, ao empregado ou ao empregador?. /John Walisson Moraes Lindoso. — São Luís, 2020.

65f.

Orientador: Prof. Ma. Márcia Cruz Feitosa

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2020.

1. Jornada de trabalho. 2. Controle de ponto. 3. Lei da liberdade econômica - Lei nº13.874/19. I. Título.

CDU 349.235

JOHN WALISSON MORAES LINDOSO

**JORNADA DE TRABALHO NO REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A
JURISPRUDÊNCIA DO TST: a quem pertence o ônus probatório, ao empregado ou ao
empregador?**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário UNDB como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 14 / 07 / 2020

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Márcia Cruz Feitosa (Orientadora)
Centro Universitário UNDB

Prof. Me. Gustavo Fonteles Carvalho Pereira
Centro Universitário UNDB

Prof. Esp. Fernando José Machado Castro Neto
Centro Universitário UNDB

Ao meu abençoado núcleo familiar, sem o qual não chegaria até aqui. Mãe, pai, irmã, namorada, padrasto, cunhado e sobrinha, que tanto amo e me fazem ser uma pessoa melhor e mais feliz a cada dia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ser essencial na minha vida, guia do meu destino, a minha bênção diária, o meu refúgio em todas as ocasiões.

À minha ilustre orientadora, professora Ma. Márcia Cruz Feitosa, pela paciência e brilhante forma de orientar, sendo imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa e conclusão deste trabalho.

A todos os professores do Centro Universitário UNDB, pelos ensinamentos ao longo do curso, essencial para concluir cada etapa dessa incrível jornada no estudo jurídico.

Aos meus caros amigos, que sempre demonstraram acreditar em mim e sempre me apoiaram.

RESUMO

A Lei nº 13.874/2019, também conhecida como Lei da Liberdade Econômica, proveu alterações importantes na Consolidação das Leis do trabalho - CLT. Uma delas, foi a possibilidade de implementação do controle de ponto por exceção mediante ajuste entre o empregado e o empregador, a nível individual ou coletivo. Essa mudança trouxe novas reflexões sobre o ônus da prova no controle da jornada de trabalho, já que, com a nova modalidade, será necessário apenas a anotação das situações excepcionais como: horas extras, intervalos, dentre outros; e não mais, a jornada diária regular realizada pelo empregado. Assim, com o fito de melhor compreender a quem pertence o ônus da prova no controle de ponto por exceção da jornada de trabalho, abordou-se, nesta monografia, inicialmente, os aspectos gerais da jornada de trabalho. Em seguida, tratou-se a respeito do ônus da prova e sua aplicação no processo do trabalho, dando destaque ao ônus probatório especificamente no tocante à jornada de trabalho. No último capítulo, discutiu-se sobre o ônus da prova no controle de ponto por exceção, se o encargo cabe ao empregado ou ao empregador. Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo com a finalidade de testar a premissa de que o ônus da prova, no ponto por exceção, cabe ao empregado, realizando, assim, uma análise das decisões proferidas pelo TST a respeito do assunto e da mitigação da distribuição estática do ônus da prova com base na Súmula 338 deste Colendo Tribunal. Ao final, chegou-se à conclusão de que com a adoção do controle de ponto por exceção, valendo-se da literalidade de dispositivos legais, o ônus da prova cabe o trabalhador. Todavia, considerando as peculiaridades do caso concreto e que, ao Processo do Trabalho, aplica-se o princípio protetor, esse ônus pode ser invertido, atribuindo ao empregador tal encargo, quando este não apresentar nenhuma anotação de exceção à jornada regular de trabalho ou quando essas exceções não apresentarem nenhuma variação em seu controle.

Palavras-chave: Controle de ponto por exceção. Jornada de trabalho. Ônus da prova.

ABSTRACT

The Law n° 13,874/2019, also known as Law of the Economic Freedom, promoted important alterations in the Consolidation of the Laws of work - CLT. One of them, was the possibility of implementation of the control of point for exception, by means of adjustment between the employee and the employer, the individual or collective level. This change brought new reflections on the responsibility of the test in the control of the hours of working since, with this new modality, it will be necessary only to the notation of the bonanza situations as: overtime, intervals, amongst others, and not more the regular daily day carried through by the employee. Thus, with I better look it of understanding to who it belongs the responsibility of the test in the control of point for exception of the hours of working, was approached, in this monograph, initially, the general aspects of the hours of working. After that, it was treated regarding the responsibility of the test and its application in the process of the work, giving has detached specifically to the probationary responsibility in regards to the hours of working. In the last chapter, it was argued on the responsibility of the test in the control of point for exception, if the incumbency fits to the employee or the employer. To this end, the hypothetical-deductive method was adopted in order to test the premise that the burden of proof, at the point of exception, lies with the employee, thus carrying out an analysis of the decisions made by the TST regarding the matter and mitigation of the static distribution of the burden of proof based on Precedent 338 of this Court. At the end, conclusion was arrived of that with the adoption of the control of point for exception, using itself the literality of legal devices, the responsibility of the test fits the worker. However, considering the peculiarities of the case concrete and that to the Process of the Work the protective principle is applied, this responsibility it can be inverted, attributing the employer to it such incumbency, when it not present no notation of exception to the regular day of work or when these exceptions not to present no variation in its control.

Keywords: Control of point for exception. Hours of working. Responsibility of the test.

LISTA DE SIGLAS

AIRO	Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário
AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
MP	Medida Provisória
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
RR	Recurso de Revista
SBDI	Subseção Especializada em Dissídios Individuais
SDC	Seção de Dissídios Coletivos
TST	Tribunal Superior do trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ASPECTOS GERAIS DA JORNADA DE TRABALHO	11
2.1	Conceito de jornada de trabalho	11
2.2	Tipos de jornada de trabalho	13
2.3	Controle de jornada de trabalho	15
2.4	Controle de ponto por exceção: conceito, características e requisitos	21
3	ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NA JORNADA DE TRABALHO ..	26
3.1	Conceito de ônus da prova	26
3.2	Distribuição do ônus da prova	29
3.3	Inversão e requisitos para sua aplicação no Processo do Trabalho	33
3.4	Ônus da prova e o controle de ponto da jornada de trabalho	38
4	JORNADA DE TRABALHO NO REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO TST: A QUEM PERTENCE O ÔNUS PROBATÓRIO, AO EMPREGADO OU AO EMPREGADOR?	42
4.1	Ônus da prova no registro de ponto por exceção: noções gerais	42
4.2	A Jurisprudência do TST e a mitigação da distribuição estática do ônus da prova no controle de ponto por exceção	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Um dos primeiros direitos conquistados pela classe trabalhadora, no Brasil, foi à fixação da jornada de trabalho, inserido na CF de 1934 e mantido pela atual Carta Magna de 1988. Atualmente, ela é estabelecida em 08 horas diárias e 44 horas semanais, nos termos do art. 7º, XIII, da CF de 1988, ressalvado o estabelecido em jornadas especiais de trabalho.

Nesse sentido, o controle da jornada de trabalho, em regra, deve ser feito pelo empregador, sendo anotado o horário de entrada e saída do trabalhador. Todavia, a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) criou o chamado controle de ponto por exceção, em que se realiza a anotação apenas das exceções à jornada regular, podendo ser pactuado mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Na jornada de trabalho com controle de ponto padrão, cabe ao empregador o ônus probatório, conforme Súmula nº 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho. No entanto, a permissão do controle de ponto por exceção trouxe uma nova discussão no cenário jurídico, já que, neste caso, somente são computadas as exceções existentes na jornada de trabalho, tais como: horas extras, faltas e atrasos.

A partir dessa hipótese, esse trabalho se propões a pesquisar sobre o encargo probatório no controle de ponto por exceção, pretendendo responder a seguinte questão: a quem pertence o ônus probatório no controle de ponto por exceção, ao empregado ou ao empregador?

Para tanto, tem-se como objetivo geral, analisar a quem pertence o ônus da prova no registro de ponto por exceção, e, como objetivo específico, tratar dos aspectos gerais da jornada de trabalho e o seu controle. Em seguida, definir o ônus da prova e a sua aplicação na jornada de trabalho, e, por fim, identificar a quem pertence o ônus da prova no registro de ponto por exceção, se ao empregado ou ao empregador.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, em que o pesquisador alcança um conjunto de hipóteses que controlam os elementos de seu interesse e, dessa forma, deduz suas consequências através de experimentação, refutando tais hipóteses e fazendo suas substituições quando necessário, buscando evidências para falseá-las, que, no caso dessa pesquisa, compreende a afirmação de que, pela literalidade da lei, o ônus da prova no ponto por exceção pertence ao trabalhador (GIL, 2008, p.31).

Outrossim, o tipo de pesquisa realizada é a exploratória, tendo como intuito proporcionar, esclarecer e modificar conceitos e ideias, bem como permitir uma visão geral acerca de determinado fato. Busca-se entender, através da pesquisa bibliográfica, a quem

pertence o ônus probatório da jornada de trabalho no registro de ponto por exceção, quando o empregador alegar que não houve exceções. Isso com base em doutrinas, artigos, legislações e jurisprudências pertinentes ao objeto de investigação (GIL, 2008, p. 31).

Para melhor contextualizar, a pesquisa se encontra dividida em 3 capítulos: no primeiro capítulo, trata-se o conceito, os tipos e o controle de jornada de trabalho, bem como, especificamente, o controle de ponto por exceção, adentrando em seu conceito, características e requisitos.

No segundo capítulo, são abordadas a definição e distribuição do ônus da prova, a inversão do ônus da prova e seus requisitos para sua aplicação no processo do trabalho, assim como o ônus da prova e o controle de ponto da jornada de trabalho. No terceiro capítulo, identifica-se a quem pertence o ônus probatório no registro de ponto por exceção, se ao empregado ou ao empregador, adentrando nas noções gerais do ônus da prova no ponto por exceção, tal como na demonstração do entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema.

Esta pesquisa faz-se necessária para que se obtenha uma resposta científica, não somente para os envolvidos em demandas específicas de registro de ponto por exceção, mas também para a sociedade em geral, haja vista que qualquer pessoa pode estar envolvida em uma relação de trabalho e, futuramente, buscar o amparo estatal para dirimir uma possível lide, em que será necessário determinar quem deve constituir o acervo probatório para os fatos controvertidos.

Ademais, o estudo sobre o ônus da prova no registro de ponto por exceção ocupa um *locus* importante no Direito, uma vez que diante de uma lide sempre há a distribuição do ônus probatório e a sua determinação acarreta uma série de efeitos e consequências no decorrer do processo, como também, é determinante para influenciar na decisão do magistrado, considerando que não sendo produzido a prova por quem possuía o ônus probatório, a probabilidade da Sentença ser contrária aos seus interesses é maior.

Desse modo, compreender a quem pertence o ônus da prova da jornada de trabalho no registro de ponto por exceção, é essencial tanto para o Poder Judiciário quanto para a sociedade em sua totalidade, tornando o tema instigante como objeto de pesquisa.

2 ASPECTOS GERAIS DA JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho é um direito legal e constitucionalmente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro. Ela é definida como o tempo diário em que o trabalhador realiza suas atividades ou se dispõe a realizá-las para o empregador, sendo o seu limite padrão de 08 horas diárias e 44 horas semanais.

Em regra, a jornada deve ser controlada. A ausência desse controle ocorre somente de forma excepcional. Dessa forma, existem as jornadas controladas e as não controladas tendo, essas últimas, artigo específico na CLT com diretrizes para a permissão dessas excepcionalidades.

Nas jornadas controladas, o registro de entrada e saída do trabalhador é obrigatório para os estabelecimentos com mais de 20 trabalhadores, no entanto, é permitido a adoção do ponto por exceção onde será anotada somente as exceções à jornada pactuada, dispensando o registro de entrada e saída do trabalhador.

Assim, neste capítulo, será tratado acerca dos aspectos gerais da jornada de trabalho, perpassando pelo seu conceito, tipos e controle, por fim, será tratado especificamente sobre o controle de ponto por exceção, estabelecendo seu conceito, características e requisitos.

2.1 Conceito de jornada de trabalho

Dentre os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, tem-se a fixação da jornada de trabalho, conforme previsto em seus incisos XIII e XIV (BRASIL 1988). Em conformidade com a Constituição Federal, segue a disposição contida no *caput* do art. 58, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aduzindo que “A duração normal do trabalho, para empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” (BRASIL, 1943).

Entende-se, genericamente, jornada de trabalho como o espaço de tempo em que o empregado presta ou se dispõe a prestar, diariamente, serviços ao empregador por força do contrato de trabalho (DELGADO, 2019, p. 1024). Contudo, existem várias teorias que buscam ampliar o conceito de jornada de trabalho, estabelecendo que ela se compõe: ora apenas do tempo efetivamente trabalhado, ora do tempo em que fica à disposição do empregador ou até, somado a estes, o período relativo ao trajeto realizado até o local de trabalho.

Desse modo, pela primeira teoria, só se considera como jornada, o tempo efetivamente trabalhado, isto é, o período do dia em que o trabalhador labora para o empregador, excluindo-se os períodos de pausa, de descanso ou, simplesmente, o tempo à disposição. Cabe ao empregador o pagamento somente do serviço efetivamente prestado, não sendo oneroso o tempo em que o trabalhador permanecesse à disposição para a realização de eventuais atividades que pudessem surgir.

No entanto, não é adotada como padrão no Brasil, isso porque o próprio legislador brasileiro a afastou da legislação trabalhista por meio do art. 4º da CLT (ROMAR, 2018, p. 354). Delgado (2019, p. 1032) informa que a rejeição a essa teoria no Brasil pelo legislador não é absoluta, uma vez que há casos em que a remuneração do empregado está atrelada à sua produção desde que respeitado o salário mínimo, conforme se denota do art. 611-A, inc. IX, da CLT.

A segunda teoria considera como jornada de trabalho o tempo de efetiva prestação de serviços, assim como o tempo a disposição do empregador. Atualmente, é a que se adota como padrão no Brasil. Para esta, a jornada de trabalho corresponde ao período diário em que, além dos serviços executados, o empregado fica à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, isto é, ainda que o trabalhador não esteja efetivamente laborando, o período deve ser computado como jornada laboral (ROMAR, 2018, p. 354).

Para este critério de fixação de jornada, o tempo à disposição torna-se oneroso ao empregador, devendo arcar com as horas do trabalhador ainda que não efetivamente laboradas, tendo em vista que a simples disposição para o trabalho aguardando ordens para exercer suas atividades já se considera como jornada trabalho.

Essa corrente do tempo à disposição do empregador, está inculpada no art. 4ª da CLT aduzindo que é considerado como serviço efetivo o lapso temporal em que o trabalhador esteja à disposição do empregador, aguardando ou obedecendo ordens, exceto se houver previsão assentada de forma especial expressa (BRASIL, 1943).

A terceira teoria, por sua vez, além do tempo efetivamente trabalhado e do tempo a disposição do empregador, considera ainda o tempo de deslocamento como parte da composição da jornada trabalho, chamado de horas *in itinere*. Esta já foi adotada no Brasil em um determinado lapso temporal, quando se cumpria os requisitos inculpidos na Súmula nº 90 do Tribunal Superior do Trabalho - TST (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 818).

Todavia, com o advento da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), ficou expressamente consignado que o tempo gasto pelo empregado da sua residência até a efetiva

ocupação do posto de trabalho, bem como para o seu retorno, seja caminhando ou por quaisquer outros meios de transporte, ainda que fornecido pelo empregador, não será registrado na jornada de trabalho, pois não se considera tempo à disposição do empregador nos termos do art. 58, §2º, da CLT (BRASIL 1943; 2019).

Assim, a jornada de trabalho:

[...] não diz respeito somente ao tempo em que o trabalhador se encontra, efetivamente, prestando seu labor, mas engloba também o tempo em que fica à disposição do empregador [...]. O sistema jurídico brasileiro não adotou como critério para estipulação da jornada de trabalho o tempo efetivamente trabalhado, pois, conforme expressamente adotado pelo art. 4º da CLT, computa-se como tempo trabalhado aquele em que o trabalhador se encontra à disposição do empregador. Porém, ainda que não utilizado como regra no Brasil, é possível que o empregador estabeleça critérios de produtividade e, nesse caso, o salário do trabalhador será fixado por cada peça produzida (art. 78 da CLT). (LEITE, 2019, p. 833).

Vale destacar que, tecnicamente, jornada de trabalho se diferencia de duração de trabalho e de horário de trabalho. A duração do trabalho seria o gênero do qual deriva as espécies jornadas de trabalho, horário de trabalho e repousos, referindo-se ao contrato de trabalho na totalidade, sendo o horário de trabalho o termo de entrada e saída do trabalhador (CASSAR, 2017, p. 602).

Em outros termos, a duração do trabalho corresponde a todo o período em que se manteve vigente o contrato de trabalho, incluindo todas as variações de jornada, horário, intervalo e repouso. Já o horário de trabalho, diz respeito à fixação do início e fim da jornada diária como, por exemplo, das 08h00 às 17h00 (DELGADO, 2019, p. 1030).

Nesse sentido, a teoria da jornada de trabalho no Brasil foi trazida pelo próprio legislador, que adotou a teoria do tempo à disposição, não sendo necessário haver a efetiva execução laboral, mas bastando o trabalhador se dispor a executar suas tarefas, aguardando ordens de seu superior hierárquico.

Além das teorias e conceitos acerca da composição da jornada de trabalho, existem as denominações de jornada, as quais serão tratadas a seguir.

2.2 Tipos de jornada de trabalho

Dentre as categorias de jornadas de trabalho, destacam-se a jornada padrão, jornada especial, jornada em tempo parcial, jornada noturna e a jornada extraordinária. A jornada padrão, ou comum, é aquela consignada pelos mencionados artigos 7º, inc. XIII, da CF/88 e art.

58, *caput*, da CLT, correspondente a 08 horas diárias e 44 horas semanais. Cabe salientar que a CLT previa jornada semanal de 48 horas, porém não foi recepcionado pelo diploma constitucional de 1988 (BRASIL, 1943; 1988). Contudo, Romar (2018, p. 359) aduz que, ao lado dessa jornada normal máxima, existe a jornada normal especial, que diz respeito a certas categorias profissionais com duração diferenciada.

Nesse sentido, jornada especial, refere-se àquela que, em regra, não alcança ou, excepcionalmente, extrapola a oitava hora diária, mas que respeita o padrão constitucional de 44 horas semanais. A exemplo, têm-se os bancários, os mineiros, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de repouso, entre outros (DELGADO, 2019, p. 1075).

Frente a isso, compreende-se a jornada padrão como aquela que segue os ditames legais e constitucionais, enquanto a jornada especial comporta variações para mais, ou para menos, desde que respeitados os limites constitucionais estabelecidos, precipuamente, o semanal.

No que tange a jornada em regime de tempo parcial, sua previsão está insculpida no art. 58-A, da CLT, que preceitua essa jornada como aquela em que a duração não ultrapasse trinta horas semanais. Nesse caso, sem a possibilidade de horas suplementares semanais ou aquela cuja duração não extrapole vinte e seis horas semanais, no qual se possibilita o acréscimo de até seis horas suplementares semanais (BRASIL, 1943).

Outra denominação da jornada de trabalho é a noturna, que em se tratando de trabalhador urbano, corresponde ao labor das 22h00min às 05h00min, sendo cada hora equivalente a 52min30seg, acrescido de 20% sobre o valor da hora normal; para o rural, quando o labor ocorrer na lavoura, a jornada noturna corresponde ao período das 21h00min às 05h00min; e quando ocorrer na pecuária o trabalho será das 20h00min às 04h00min, ambas acrescidas de 25% sobre a remuneração normal (LEITE, 2019, p.877).

A jornada noturna se torna mais desgastante para o trabalhador, provocando maiores impactos físicos e psicológicos, acima do que ocorre no labor diurno e com impacto negativo nos relacionamentos interpessoais em seu ciclo social. Torna-se penosa a prestação de serviços ao empregador e justifica o adicional sobre sua remuneração (DELGADO, 2019, p. 1113). A duração e remuneração se amoldam de acordo com o local da prestação laboral, considerando a necessidade de cada um, bem como o desgaste alcançado por cada um deles.

No tocante às denominações de jornada de trabalho, destaca-se ainda, a jornada extraordinária. Ao tratar do assunto, Leite (2019, p. 836) expõe que a duração do trabalho tem fundamento na proteção da saúde física e psíquica do trabalhador, afirmando que a prorrogação

da jornada é prejudicial tanto ao obreiro quanto à sociedade, uma vez que reduz a oferta de emprego e pode debilitar o empregado, tornando-o mais propenso a doenças.

Ao conceituar jornada extraordinária, Delgado (2019, p. 1087) assevera que é o tempo em que o trabalhador efetiva ou se dispõe a efetivar suas atividades, que supera sua jornada regular pactuada em norma jurídica ou contratual. Tal modalidade de jornada não se afere por meio da remuneração suplementar, mas pela elasticidade de sua jornada padrão.

Jornada extraordinária é, portanto, as horas cumpridas além da jornada normal estabelecida para a categoria do trabalhador, independente de pagamento, compensação ou ausência dessas. Todavia, frente ao labor exercido pelo trabalhador, a Constituição Federal prevê, no art. 7º, inc. XVI, que o pagamento do labor extraordinário deverá ser efetuado de forma superior em, no mínimo, cinquenta por cento a do labor normal. Do mesmo modo, a CLT em seu art. 59, §1º, aduz que o valor da hora extraordinária será, no mínimo, cinquenta por cento acima da hora regular (BRASIL, 1943;1988).

Ante o exposto, os conceitos supramencionados, seus impactos na saúde física e mental do trabalhador, assim como suas previsões regulamentando, limitando e compensando as formas de labores mais exaustivos, demonstram a necessidade de haver o efetivo controle das jornadas laborais para que se garanta a saúde do trabalhador, bem como um equilíbrio social e econômico.

2.3 Controle de jornada de trabalho

A origem da fixação da jornada de trabalho em 08 horas diárias se deu partir do Tratado de Versalhes, em 1919, juntamente com a fundação da OIT, que editou sua primeira convenção internacional, na qual constava tal limitação (LEITE 2019, 831).

No Brasil, especificamente, a previsão de jornada de 08 horas se deu por meio da Constituição Federal de 1934, se estendendo por todas as Constituições Federais seguintes, cuja jornada era de 48 horas semanais. Com a atual Constituição Federal brasileira (1988), mesmo com a manutenção da jornada diária de 08 horas, houve a redução da jornada semanal para 44 horas (ROMAR, 2019, p. 353).

O cenário atual das limitações das jornadas de trabalho advém de permanente reivindicações dos trabalhadores, pautadas em discussões que envolvem medidas de tempo laboral, desgastantes aos obreiros. De um lado, encontravam-se os empregadores, visando uma maior produção e um maior aproveitamento dos serviços, do outro lado, os operários, buscando

melhores condições no ambiente de trabalho. As justificativas das reivindicações para a redução da duração do trabalho são de natureza biológica, de escopo social, bem como de caráter econômico (MARTINEZ, 2019, p. 114).

Desta feita, verifica-se que as diretrizes existentes atualmente, que visam as melhores condições no ambiente de trabalho, têm fundamento de cunho histórico nas lutas das classes trabalhadoras, que reivindicaram por melhorias nas relações laborais e no desenvolvimento de suas atividades, obtendo conquistas significativas com impactos em variadas esferas, sejam elas biológicas, sociais ou econômicas.

O caráter social dessa limitação está atrelado aos impactos biológicos, tendo em vista que o trabalhador que executa seu labor em longas jornadas, terá pouco tempo para estar com a família e amigos, o que distancia os laços íntimos com os mais próximos e o exclui socialmente, podendo causar-lhe problemas como os correlatos à depressão (CASSAR, 2017, p. 601).

Nesse aspecto, Leite (2019, p. 830) sustenta, ainda, que o excesso de trabalho leva à fadiga, ocasionando estresse e cansaço ao trabalhador e comprometendo diretamente sua saúde física e mental, devido ao excesso de esforço diário, ponto que demonstra a relevância de se impor limites diários à jornada laboral.

No tocante à natureza econômica, com a limitação, se permite uma divisão de atividades entre os trabalhadores nos setores do empregador, acarretando a contratação de um número maior de trabalhadores para que se alcance o período total em que se tenha pretensão de manter as atividades em funcionamento diário. Ademais, o trabalhador com menores jornadas fica menos cansado e produz mais, o que beneficia seu empregador (MARTINEZ, 2019, p 114).

Assim, frente ao caráter biológico, social e econômico da limitação da jornada de trabalho, bem como seus fundamentos históricos pautados nas lutas sociais dos trabalhadores, mister se faz, realizar o controle da jornada, haja vista que a ausência de controle pode acarretar extensão da jornada para além dos seus limites permitidos, indo de encontro com a essência da limitação constitucional.

Isso porque, para que haja uma aferição da real jornada prestada concretamente pelo empregado, faz-se necessário um mínimo de controle (ou fiscalização) do tempo de execução (ou de disponibilização) das atividades do empregado ao empregador. Caso contrário, poderá comprometer, inclusive, a contraprestação remuneratória pelo labor extraordinário do obreiro (DELGADO, 2019, p. 1063).

Vale destacar que, no Direito trabalhista, existem as jornadas controladas e as não controladas; e, anteriormente, havia a figura da jornada não tipificada, na qual estava inserida a figura do trabalho doméstico, que perdurou até o advento da Emenda Constitucional nº 72/2013, passando então, a ser regido pelas normas de duração de trabalho e seus efeitos (BRASIL, 2013).

Diante disso, o labor doméstico não recebia valor extra pela ampliação de jornada, pois a remuneração acerca da ampliação do labor se dava somente nos casos das jornadas controladas tipificadas – não se afere o *quantum* trabalhado sem controle e não há incidência da norma sem tipificação (DELGADO, 2019, p. 1063).

Quanto às jornadas controladas, antes da Lei nº 13.874/2019, denominada de Lei da Liberdade Econômica, os estabelecimentos com mais de 10 trabalhadores eram obrigados a registrar o horário de entrada e saída de cada trabalhador conforme estava previsto no art. 74, §2º, da CLT (BRASIL, 1943). Com o advento dessa Lei, o referido dispositivo foi alterado passando a prever obrigatoriedade de registro de entrada e saída somente dos estabelecimentos com mais de 20 trabalhadores (BRASIL, 2019).

Houve uma ampliação dos tipos e da quantidade de empregadores quando se alargou a dispensa de registro de ponto para empresas com até 20 empregados, uma vez que as empresas com até 10 empregados correspondiam às de menor porte e menor capacidade produtiva, beneficiando, portanto, novos empregadores não alcançados pela redação anterior.

Ademais, o *caput* do mesmo dispositivo (art.74, §2º, CLT), que antes previa a exposição dos horários em locais visíveis para controle da fiscalização, passou a exigir somente a anotação nos registros dos empregados.

Em aspectos práticos acerca do controle de jornada de trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho - TST sedimentou seu entendimento por meio da Súmula nº 338, na qual afirma ser ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados (redação anterior a Lei nº 13.874/2019), registrar suas jornadas, sob pena de presunção relativa de veracidade da jornada apresentada pelo trabalhador (BRASIL, 2005).

A referida Súmula, ao conferir maior peso na exigência do controle de jornada de trabalho, dispõe que quando os controles forem uniformes, ou seja, sem qualquer alteração ao longo do contrato de trabalho (Ponto britânico), são inválidos como meio de prova e, a partir disso, inverte-se o ônus da prova acerca da jornada extra, passando a ser do empregador.

No tocante ao controle de jornada para considerações acerca de labor extraordinário, o art. 58, §1º, da CLT dispõe que o registro de ponto em que suas variações não

excedam cinco minutos e o máximo de dez minutos não serão descontados, tampouco computados como jornada extra (BRASIL, 1943).

Outrossim, a Súmula nº 366 do TST reitera o que consta no referido artigo, e complementa, aduzindo que será considerada como horas extras o tempo total que estiver acima da jornada normal, destacando que não importa qual seja a atividade realizada nesse tempo extra (BRASIL, 2015).

A Súmula nº 449 do TST dispõe que a partir da inserção do § 1º ao art. 58 da CLT pela Lei nº 10.243, de 19.06.2001, não mais prevalece cláusula instituída por convenção ou acordo coletivo que estenda o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem à jornada de trabalho para fins de cômputo das horas extraordinárias (BRASIL, 2014).

Já o art. 4º, §2º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), restringiu o cômputo do período extra que exceder a jornada normal, mesmo que acima de cinco minutos – contrapondo-se à supracitada Súmula nº 366 do TST –, em casos atrelados ao exercício de atividades particulares do empregado, tais como lanche, higiene pessoal, troca de uniforme, entre outras, aduzindo que estes não são considerados tempo a disposição do empregador (BRASIL, 2017).

Em conformidade com a já mencionada Lei da Reforma Trabalhista, Romar (2018, p. 378) destaca que considerando a disposição do art. 611-A, I, da CLT, que possibilita a convenção ou acordo coletivo dispor sobre jornada de trabalho, observados os limites constitucionais, os minutos de variações da jornada de trabalho para fins de registro e controle das horas extras podem ter critérios distintos estabelecidos por instrumento normativo coletivo.

No que concerne às jornadas não controladas, o art. 62 da CLT, antes da instituição da Lei nº 13.467/2017, indicava dois tipos de empregados com jornadas laborais inviáveis de efetivação do controle e fiscalização diária. A primeira seria a dos trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. A segunda seria a jornada daqueles que exercem cargos de gestão para o empregador, tendo direito a uma adicional igual ou superior a 40% sobre o salário do cargo efetivo (BRASIL, 1943).

No entanto, com o advento da Lei nº 13.467/17, inseriu-se no art. 62 da CLT, mais uma categoria de jornada não controlada, qual seja, dos trabalhadores em regime de teletrabalho, estando inculpada no inciso III do mencionado artigo (BRASIL, 1943; 2017).

Todavia, Delgado (2019, p. 1066) chama atenção para as referidas previsões acerca da ausência de controle de jornada, asseverando que se trata apenas de uma presunção de que tais categorias são inviáveis de controle, destacando, portanto, que havendo “prova firme” de

que havia a efetiva fiscalização e controle, afasta-se a referida presunção e se aplica as regras e os efeitos das normas incidentes sobre duração de trabalho.

Nessa perspectiva, a contraprestação de jornadas ampliadas para além do labor padrão se dá por meio da análise do registro de pontos, isto é, nas jornadas não controladas, não há incidência de horas extras, exceto, se for afastada a presunção de incompatibilidade de controle, em que serão apuradas a respectivas horas extraordinárias e efetivado seu pagamento.

Ao tratar de trabalho externo, primeira modalidade não controlada, Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 655) leciona que trabalhador externo é aquele que realiza suas atividades laborais fora do estabelecimento do empregador, afastado da fiscalização e controle deste, devendo esta condição ser anotada em sua carteira de trabalho, destacando, nessa modalidade, os empregados em domicílio, os vendedores praticistas sem controle de vendas e visitas, entre outros.

Dessa forma, como a própria nomenclatura sugere, o labor externo não se inicia nem finaliza nas dependências do empregador, ponto que assegura uma maior liberdade na execução das atividades do trabalhador, e estando presente na empresa somente de forma esporádica, faz presumir a inviabilidade do controle de sua efetiva jornada.

O cargo de gestão, segunda modalidade não controlada, Martinez (2019, p. 126) assevera que, se um empregado é designado a ocupar posto em diferenciada condição tendo poder de direção e mando, sua condição de subordinação hierárquica é afetada, tendo em vista que não poderá ser ao mesmo tempo dirigente e dirigido, justifica-se a ausência de controle de sua jornada.

Esse trabalhador adere muitas atribuições que caberiam ao empregador, como o poder de admissão e demissão, poder para atribuir cargos e atividades aos demais obreiros, liberdade de horário, além de uma renda acima dos demais trabalhadores, tornando inviável o controle de jornada do ocupante de cargo de gestão.

No tocante ao teletrabalho, nova categoria adicionada pela Reforma Trabalhista às jornadas não controladas, possui conceito insculpido no art. 75-B, *caput*, da CLT sendo, portanto, a prestação de serviços prevaiente fora das dependências do empregador, valendo-se de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (BRASIL, 1943).

Delgado (2019, p. 1066) e Cassar (2017, p. 690) entendem que o teletrabalho é mais uma espécie de trabalho externo. Delgado (2019, p. 1066) destaca, inclusive, que a previsão do teletrabalho poderia estar abarcada pelo inciso I, do art. 62, da CLT, que trata do labor externo.

Contudo, apesar de ser considerado pela doutrina como labor externo, o teletrabalho, conforme verificado no art. 75-B, *caput*, da CLT, não foi considerado pelo legislador como externo e, sua previsão consta em inciso específico no art. 62, sendo excluído, dessa forma, das regras da duração de jornada.

Adiante, findando o aspecto das jornadas amparadas pelas normas de duração do trabalho, conforme mencionado, havia, além das jornadas controladas e não controladas, uma terceira figura, que é a da jornada não tipificada, na qual estava inserida o trabalho doméstico – que perdurou até o advento da Emenda Constitucional nº 72/2013.

Graças à promulgação da Constituição federal de 1988, variados direitos foram garantidos aos trabalhadores domésticos por meio do parágrafo único do art. 7º, porém, não houve amparo acerca da jornada de trabalho dessa categoria, acarretando a ausência de pagamento de labor extraordinário, intervalos suprimidos, entre outros.

Não obstante, com o advento da supramencionada Emenda Constitucional nº 72/2013, ampliou-se o rol das garantias dos trabalhadores domésticos insculpidos no parágrafo único do art. 7º, da CF/88, passando a constar inclusive o inc. XIII do referido artigo, que trata da limitação constitucional da duração do trabalho normal em 08 horas diárias e 44 semanais (BRASIL, 1988; 2013).

Destarte, a categoria passou a ser amparada pelas normas de duração do trabalho, possuindo direito a todos os seus efeitos, dentre eles, o controle da jornada de trabalho, apurando, portanto, sua jornada quando ampliada incidindo o pagamento de horas extraordinárias, intervalos trabalhados, suprimidos e todo os demais direitos decorrentes da duração e controle da jornada laboral.

Por fim, que tange as formas de controle de jornada, a CLT, antes e após a Reforma Trabalhista, previu e ainda prevê, que a anotação de entrada e saída dos trabalhadores deve ocorrer através de registro manual, mecânico ou eletrônico.

À vista disso, buscando uniformizar e tonar mais eficaz o controle de jornada, em 21 de agosto de 2009, foi editada e publicada pelo extinto Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e atual Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, a Portaria nº. 1.510, disciplinando o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro Eletrônico para a anotação da entrada e saída dos trabalhadores das empresas, previsto no art. 74 da CLT (BRASIL, 1943; 2009).

Em 25 de fevereiro de 2011, ocorreu a edição e publicação da Portaria n.º 373, também pelo extinto MTE, que dispõe sobre a possibilidade de adoção, pelos empregadores, de sistemas alternativos de controle de jornada de trabalho (BRASIL, 2011).

Do mesmo modo, com o advento da Lei n.º 13.467/2017, passou a constar na CLT em seu art. 611-A, a previsão de que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando tratar da jornada de trabalho, respeitando os limites constitucionais (Inc. I), e sobre a modalidade de registro de jornada de trabalho (Inc. X). Buscou-se flexibilizar as formas e os meios de controlar a jornada de trabalho, abrindo espaço à criação de novas modalidades baseadas nas necessidades dos empregadores (BRASIL, 2017).

Ademais, houve inovação no art. 74 da CLT com a inserção do o parágrafo 4º, pela MP n.º 881/2019 convertida na Lei n.º 13.874/2019, no tocante ao registro de ponto por exceção, ditando que mesmo havendo mais de 20 trabalhadores no estabelecimento, pode ser adotada essa modalidade através de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (BRASL, 2019), como será verificado adiante.

2.4 Controle de ponto por exceção: conceito, características e requisitos

O controle de ponto por exceção diz respeito à anotação pelo empregado no seu registro de ponto, do tempo à disposição ou as atividades, que extrapolarem a jornada diária normal de trabalho. A exemplo, têm-se as horas extras, ausências que forem justificadas, bem como as injustificadas, ou ainda, as folgas compensadas, saídas antecipadas, atrasos. Caso estas exceções não estiverem anotadas, restará presumido o cumprimento da jornada normal de trabalho prevista para a categoria do trabalhador (ROMAR, 2018, p. 379).

Desse modo, registrar o ponto por exceção é a possibilidade do empregador adotar uma sistemática que dispensa o registro de ponto da jornada laboral regular quando essa for cumprida de acordo com os termos ajustados entre as partes, desde que seja adotado através de acordo, individual ou coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Antes da previsão do ponto por exceção, era com embasamento no artigo 7º, inciso XXVI, da CF/88, que os empregadores se amparavam em normas coletivas para sustentar a possibilidade da adoção do instituto do registro de ponto por exceção em seus estabelecimentos. Normas estas, estabelecidas em conjunto com sindicatos das categorias, flexibilizando, portanto, previsão que constava no artigo 74, §2º da CLT (CARMO, 2019).

O artigo, supracitado, da CF/88, trouxe como direito dos trabalhadores o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas do trabalho (BRASIL, 1988). Já o art. 74, §2º, da CLT, determinava que para os estabelecimentos com mais de dez trabalhadores, a anotação da hora de entrada e de saída seria obrigatória, devendo estar em conformidade com as instruções expedidas pelo extinto Ministério do Trabalho e Emprego, atual Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (BRASIL, 1943).

Em 25 de fevereiro de 2011, ocorreu a edição e publicação da Portaria nº. 373, também pelo extinto Ministério do Trabalho, que dispõe sobre a possibilidade de adoção, pelos empregadores, de sistemas alternativos de controle de jornada de trabalho (BRASIL, 2011).

Entre as alternativas de controle de ponto dos trabalhadores, trazido pela Portaria nº 373/11, estava incluída a possibilidade do controle de ponto por exceção, desde que autorizadas por convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Isso porque, além do art. 1º da Portaria nº. 373/2011 do MTE permitir a adoção dos sistemas alternativos de controle de jornada, previu também, em seu §1º, que a utilização dos meios alternativos previstos no *caput*, faria com que restasse presumido o cumprimento completo pelo empregado da jornada de trabalho regular estabelecida através do contrato de trabalho, ou então, por meio de convenção ou acordo coletivo (BRASIL, 2011).

Todavia, mesmo diante de tal portaria permitindo a adoção de meios alternativos de controle de ponto, o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, acerca do ponto por exceção, continuou sendo no sentido de sua invalidade, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO. ACORDO COLETIVO. INVALIDADE. ÓBICE DO ARTIGO 896, § 7º, DA CLT E DA SÚMULA 333 DO TST. I - O Tribunal Regional afastou a validade da norma coletiva que fixara a marcação dos horários de entrada e saída na modalidade "ponto por exceção", por entender que "o artigo 74 da CLT trata de norma de ordem pública e é, portanto, inderrogável pela vontade das partes". II - A decisão, tal como posta, encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido da invalidade da adoção do sistema de frequência por exceção, por impedir a transparência no controle da jornada efetivamente trabalhada, instituída por norma de ordem pública (artigo 74, § 2º, da CLT). III - Nessa perspectiva, o recurso de revista não logra seguimento à guisa de violação constitucional, nos termos do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333/TST, pela qual os precedentes desta Corte foram erigidos à condição de requisitos negativos de admissibilidade do apelo. IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento (BRASIL; TST - AIRR: 4411120135020077, Relator: Antonio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 07/12/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/12/2016, grifo nosso).

O mencionado julgamento se pautou na disposição que constava no art. 74, §2º, CLT, tratando da obrigatoriedade do registro da entrada e saída dos trabalhadores quando o

estabelecimento contava com mais de 10 colaboradores, pois se tratava de norma de ordem pública que não poderia ser derogada por vontade das partes.

Além disso, foi destacado nesse julgamento, que o controle de ponto por exceção impediria a constatação da jornada efetivamente trabalhada, ressaltando que o entendimento jurisprudencial da Corte Superior do Trabalho é pela invalidade dessa modalidade de controle. O processo é de 2013 e o julgamento ocorreu no ano de 2016, isto é, após a portaria n.º 373/2011 do MTE, não coadunando, portanto, com a flexibilização trazida pelo MTE acerca do controle de ponto.

Não obstante o entendimento majoritariamente consolidado do Tribunal Superior do Trabalho inclinado pela invalidade da adoção do ponto por exceção por meio da vontade das partes, em 2017 foi publicada a Lei n.º 13.467 que instituiu a Reforma Trabalhista (BRASIL, 2017).

Frente a isso, passou a constar na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT disposições acerca da possibilidade do pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais, bem como o da instituição de outras modalidades de registro de jornada de trabalho através de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, previsão, esta, não existente na legislação anterior à Reforma Trabalhista (BRASIL, 1943).

As referidas possibilidades acerca do controle e jornada do trabalho estão inseridas no art. 611-A da CLT, no qual está disposto que nesses casos a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei (BRASIL, 1943).

A partir da Reforma Trabalhista, houve uma valorização da prevalência do negociado sobre legislado, ou seja, um novo sistema em que as normas advindas de convenções ou acordos coletivos prevalecem quando entram em conflito com as disposições previstas em lei, sendo este “um novo sistema de hierarquia das fontes” (LEITE, 2019, p. 578).

Ao tratar da possibilidade contida na previsão do art. 611-A da CLT, aduzindo que convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho podem dispor sobre modalidade de registro de jornada, Romar (2018, p. 379) afirma que a partir disso não há mais que se falar em restrição à marcação de ponto por exceção caso haja previsão na norma coletiva.

Entretanto, mesmo diante dessa previsão legal, o Tribunal Superior do Trabalho manteve seu entendimento majoritário anterior à Reforma Trabalhista, no sentido de considerar inválidos os registros na modalidade de ponto por exceção, adotado pelos empregadores, senão vejamos:

TST - Inteiro Teor. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 10004433220185020709. De acordo com os fundamentos expostos no acórdão, especialmente quanto à validade dos controles de jornada por exceção, não é possível divisar possível ofensa aos dispositivos da Constituição Federal e da legislação federal mencionados no recurso de revista, uma vez que o sistema de controle de ponto por exceção previsto em norma coletiva não representa norma mais vantajosa ao trabalhador e não se sobrepõe à regra do artigo 74 § 2º da CLT. DENEGO seguimento. Diante do exposto, e nos termos dos arts. 932, III e IV, do CPC de 2015 e 896, § 14, da CLT, conheço do agravo de instrumento e nego-lhe provimento. (TST - AIRR: 10004433220185020709, Relator: Evandro Pereira Valadão Lopes. Data de Julgamento 15/04/2020. Data de Publicação: DEJT 20/04/2020, grifou-se)

O julgamento ora citado, ocorreu após a Reforma Trabalhista (2017), em 2020, sendo o processo de 2018, baseado nos mesmos fundamentos sobre controle de jornada previsto no art. 74, § 2º, da CLT e precedentes da Corte Superior, não atendendo, portanto, ao comando do art. 611-A, da CLT.

No entanto, após a Reforma Trabalhista também houve julgamentos do TST entendendo pela validade da adoção do registro de ponto por exceção, precipuamente pela 4ª Turma da Corte Superior, conforme se denota do julgamento do RR: 20160220115030011, de Relatoria do Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, julgado em 09/10/2018, pela 4ª Turma, publicado em 11/10/2018, bem como do RR: 10017045920165020076, de Relatoria do Ministro Alexandre Luiz Ramos, julgado em 27/03/2019, pela 4ª Turma, publicado em 29/03/2019.

Ambos os julgamentos, da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, pautaram-se no o art. 7ª, inc. XXVI, da CF/88 e art. 611-A da CLT (Inserido pela Reforma), tratando do reconhecimento constitucional dos acordos e convenção coletiva, bem como da possibilidade de flexibilização do controle de jornada pela convenção ou acordo coletivo, respectivamente.

Em seguida, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da validade da adoção do ponto por exceção, deu-se no âmbito da Seção Especializada em Dissídios Coletivos – SDC, por meio do julgamento do AIRO: 2779520155170000, tendo como redator Ministro Ives Gandra Martins Filho, julgado em 08/04/2019, publicado em 28/11/2019.

Esse julgamento teve como embasamento o art. 7ª, inc. XXVI, da CF/88, bem como a afirmação de que a previsão do art. 74, §2º não se tratava de norma de ordem pública. Ademais, embasou-se na Portaria nº 373/11 do MTE, que permite a adoção do ponto por exceção, porém, não foi mencionado o art. 611-A da CLT.

Ressalta-se que toda essa discussão e julgamentos diversos relativos à validade da utilização do ponto por exceção, ocorreu antes da Medida Provisória nº 881/2019, que,

posteriormente, foi convertida na Lei nº 13.874/2019, sendo denominada de Lei da Liberdade Econômica.

Essa Lei advinda da MP nº 881/2019, deu nova redação ao §2º do art. 74, da CLT, que antes previa que estabelecimentos com mais de 10 empregados deveriam registrar a entrada e saída dos trabalhadores, e passou a prever que somente estabelecimentos com mais de 20 trabalhadores estão obrigados a tal controle, bem como facultou a pré-assinalação do período de repouso, que antes era obrigatória (BRASIL, 2019).

Outrossim, inseriu o §4º no mencionado art. 74 da CLT, passando a prever, expressamente, a permissão de adoção do registro de ponto por exceção à jornada regular dos trabalhadores, podendo ser instituído através de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho e, inclusive, através de acordo individual escrito, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho demonstrar seus novos entendimentos a respeito do referido instituto, posteriores a recente previsão legal (BRASIL, 1943; 2019).

Essa nova previsão instituída pela Lei nº 13.874/2019, confronta o teor da Súmula nº 338 do TST, uma vez que em seu inciso “I” dispõe que é ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados (20 atualmente) o registro da jornada de trabalho.

Ocorre que, com a possibilidade de adoção de ponto por exceção, mesmo os estabelecimentos com mais de 20 empregados poderão, segundo a legislação, não registrar a jornada regular de trabalho, desde que comprovem através de acordo individual escrito, convenção coletiva, ou acordo coletivo de trabalho, que adotou o registro de ponto por exceção e que não houve exceções a serem anotadas (BRASIL, 2019).

Diante da previsão legal do registro de ponto por exceção, deve-se analisar a quem cabe o ônus da prova nessa situação, se, ao empregado ou ao empregador.

3 ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NA JORNADA DE TRABALHO

O ônus da prova consiste no encargo, atribuído às partes, por meio da lei ou do juízo, para que demonstrem a ocorrência dos fatos alegados com o fito de influenciar as decisões que serão proferidas pelo magistrado. Tal atribuição é facultativa às partes, se desincumbir, porém, sua ausência poderá resultar em eventuais prejuízos, já que fatos alegados e não provados são considerados inexistentes.

Na CLT, o ônus da prova é tratado no art. 818 e seus parágrafos, que sofreram mudanças com a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Foram acrescentados os incisos, I e II, ao referido dispositivo. Desse modo, a nova redação do art. 818 da CLT se assemelhou ao disposto no art. 373 do CPC de 2015 e estabelece que, cabe ao reclamante, provar o fato constitutivo do seu direito e, ao reclamado, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante, comportando exceções.

Em relação à jornada de trabalho, o encargo probatório ocorre com fulcro no mencionado art. 818 da CLT, assim como na Súmula nº 338 do TST. Contudo, as mudanças trazidas pela Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, trazem novas discussões quanto ao ônus da prova no controle de jornada.

Para contextualizar o tema, este capítulo versará sobre o ônus da prova, destacando seu conceito; a forma de distribuição; sua inversão e os requisitos para sua aplicação no processo do trabalho. Por fim, traz a aplicação do ônus da prova no controle de ponto da jornada de trabalho.

3.1 Conceito de ônus da prova

Antes de tratar a respeito do ônus da prova, mister se faz entender e conceituar prova, instituto de grande relevância no contexto processual. Bezerra Leite (2020, p. 755) afirma que, tradicionalmente, prova seria a demonstração da verdade dos fatos alegados pelas partes com o intuito de buscar o convencimento do magistrado acerca da sua existência ou inexistência.

Entretanto, ressalta que houve uma transformação nesse conceito, e que, no atual modelo constitucional, a doutrina se propôs a conceituar a prova, não mais pautado na reconstrução de fatos, mas, sim, no convencimento dos envolvidos no processo no que tange às

alegações sobre esses fatos, dando ênfase à argumentação dos sujeitos envolvidos (LEITE, 2020, p.755).

Na mesma linha, Jorge Neto e Cavalcante (2019, p. 753) aduzem que se compreende como prova o meio íntegro proposto a convencer o julgador sobre a veracidade da alegação feita no processo.

Marinoni *et al.* (2017, p. 171) ao tratar do conceito, aborda sua função retórica afirmando que “é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juíz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”, ou seja, pauta-se nos discursos, nos argumentos para convencimento do magistrado.

A prova também pode ser conceituada em sentido objetivo ou subjetivo. No objetivo, sendo o instrumento, ou meio apto, com o qual se demonstra a existência de um fato. No viés subjetivo, relaciona-se a cognição do magistrado, que se origina acerca dos fatos por meio dos instrumentos probatórios, resultando na possibilidade de seu convencimento (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 896).

Desse modo, pode-se perceber que a prova é um instrumento utilizado para viabilizar a verdade dos fatos alegados, valendo-se dos meios concretos existentes e dos meios argumentativos, bem como da utilização de ambos para o convencimento do juiz, buscando um juízo de certeza acerca do que se alega no processo.

Cabe salientar que o magistrado conhece o direito, tendo o dever de conhecer as normas de abrangência federal, o que faz com que as partes precisem provar somente as normas sem essa abrangência e os fatos que sejam relevantes, pertinentes e controvertidos (PEREIRA, 2018, p. 590).

Já no que tange especificamente ao ônus da prova, trata-se de uma atribuição, ou um encargo que é dado as partes em juízo. Para Pamplona Filho e Souza (2020, p.797), o ônus da prova é a atribuição às partes do processo, a noção de que precisam demonstrar os fatos necessários ao julgamento da lide perante o juiz. Esta conveniência da prova segue de acordo com o interesse privado de cada sujeito, isto é, cabe a ele demonstrar os fatos alegados e que lhes são favoráveis.

Ainda no entendimento Pamplona Filho e Souza (2020, p.797):

A divisão do ônus da prova, portanto, indica que é dever de cada postulante o de desenvolver a atividade probatória, seja dando suporte a sua postulação, por meio dos fatos constitutivos, seja retirando esse mesmo suporte, por meio dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. (PAMPLONA FILHO; SOUZA, 2020, p.797).

Nesse sentido, entende-se que cabe a cada uma das partes demonstrarem, por meio das provas e de acordo com seu encargo probatório, que aos seus fatos e alegações assiste razão e não à parte contrária, cabendo ao autor convencer o magistrado sobre o seu pleito e ao réu provar fatos que extinga, modifique ou impeça o referido pleito autoral.

Humberto Pinho (2020, p. 743) afirma que ônus da prova é o encargo, que se atribui às partes, por meio da lei, para que demonstrem a ocorrência dos fatos que as interessam para influir nas decisões que serão proferidas pelo magistrado.

Já para Gonçalves (2020, p. 91), as partes não possuem o dever de produzir a prova, mas apenas o ônus de fazê-lo, isto porque o ônus é aquilo que a parte realiza no processo em seu benefício, tendo em vista que a lei não obriga as partes a fazerem prova, mas, caso o faça, terão maior probabilidade de demonstrarem suas alegações. Não o fazendo, não serão punidas, mas sofrerão as consequências negativas pela ausência da prova.

Desse modo, o ônus probatório não está atrelado a uma punição por seu descumprimento, mas somente às consequências negativas pela ausência de sua produção, que pode acarretar uma decisão desfavorável, proferida pelo magistrado, à parte que não se desincumbiu do seu ônus, pois não influenciou suficientemente o seu convencimento.

No tocante a natureza do ônus da prova, Theodoro Junior (2018, p. 916) leciona que ainda que previsto no direito processual de forma expressa, suas normas não são exclusivas nem do Direito material, nem do direito processual, tendo, na verdade, uma natureza mista. Isto porque, mesmo que seja aplicado no processo, possui vínculo com o Direito material que não se pode dissociar, haja vista que a prova necessária no processo diz respeito aos fatos jurídicos, os quais são regulados pelo Direito material.

Além disso, a doutrina costuma dividir o estudo do instituto do ônus da prova em subjetivo e objetivo. Em relação ônus subjetivo, seria analisado do ponto de vista da parte responsável pela produção da prova conforme as regras do ônus probatório (NEVES, 2017, p. 734).

Já o aspecto objetivo, o ônus da prova é visto como uma regra que o juiz aplica no caso em que não houve a produção de provas ou as produzidas se mostraram insuficientes no momento da decisão. Neste segundo aspecto, afasta-se a possibilidade do juiz declarar o *non liquet*, afastando assim, a possibilidade de optar por não julgar a lide com a alegação de não possuir certeza dos fatos; pois não estando convencido, deverá utilizar as regras do ônus probatório (NEVES, 2017, p. 734).

Mauro Schiavi, apesar de afirmar que a doutrina classifica o ônus da prova em subjetivo e objetivo, ele discorda dessa divisão, aduzindo o seguinte:

No nosso sentir, o ônus da prova no processo somente é dirigido às partes, uma vez que o julgador tem o dever constitucional de julgar e de fundamentar em compasso com os elementos dos autos. Portanto, o ônus da prova somente se dirige às partes, e não à figura do julgador. (SCHIAVI, 2017, p. 699).

Conforme se constata, o entendimento majoritário é de que o ônus probatório se divide em subjetivo e objetivo, pautado nas partes e no juiz. Contudo, o referido autor entende que o ônus da prova se direciona somente às partes e não ao juízo, haja vista que a este cabe o dever constitucional de julgar independente do ônus probatório.

Desta forma, verifica-se que a regra de distribuição do ônus da prova é fundamental para que o magistrado possa esclarecer os fatos controvertidos, bem como para realizar o julgamento da Ação pautado nas provas produzidas de acordo com ônus de cada parte, que pode ser distribuído, ou até mesmo invertido, conforme será tratado adiante.

3.2 Distribuição do ônus da prova

No que concerne à distribuição do ônus da prova, seu encargo encontra-se disposto no art. 818 da CLT e no art. 373 do CPC/15, que se aplicava subsidiariamente ao Processo do Trabalho por força do art. 769 da CLT, os quais determinam que ao autor incube ônus probatório quanto aos fatos constitutivos de seu direito. Já ao réu, incumbe o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da postulação do autor (BRASIL, 1943; 2015).

Jorge Neto e Cavalcante (2019, p. 760) lecionam acerca do que seria o fato constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo de direito. O constitutivo é aquele que ocasiona o direito do autor, e, portanto, advém o dever do réu. Em outros termos, são aqueles que, quando provados, conferem ao autor o deferimento do seu requerimento exordial.

O impeditivo seria aquele que impede que de um fato provenha o efeito jurídico que ocorreria normalmente. Já modificativo é o que não impede, nem exclui, mas modifica a situação jurídica. Por fim, o extintivo é aquele que torna sem razão, sem efeito, a pretensão autoral (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 760).

A distribuição do ônus da prova é dividida pela doutrina em carga estática e carga dinâmica, para que o magistrado se valha delas com o objetivo de identificar, bem como atribuir às partes seus devidos encargos.

Pereira (2018, p. 590), ao tratar da carga estática do ônus da prova, aduz que essa carga significa o estudo das respectivas regras do ônus probatório com supedâneo no que está disposto nas normas do ordenamento jurídico vigente. Em outros termos, é o estudo das regras do conhecimento de todos, que se encontram elencadas no sistema processual sobre o ônus da prova.

A palavra estática está atrelada ao que está parado, que não está em movimento. A distribuição estática seria, portanto, a previsão contida nos *capita* dos artigos inicialmente mencionados (Art. 373, CPC/15 e art. 818 da LCT), pois tratam da atribuição do ônus probatório sem a ingerência do magistrado.

A aplicação da carga estática do ônus da prova parte da ideia de que as partes litigam em juízo em condições igualitárias de acesso à prova. Destarte, os encargos probatórios em consonância com os ditames legais seriam repartidos de forma equilibrada. Todavia, no caso concreto, a distribuição legal do ônus da prova pode não estar condizente com condições favoráveis para a produção da prova (THEODORO JUNIOR. 2018. p. 921).

Foi com base na falta de equidade na distribuição estática trazida no texto legal ao caso concreto, que a lei passou a reconhecer a necessidade de, em situações sem um equilíbrio de acesso às provas, afastar a carga estática e adotar um método mais flexível, denominado doutrinariamente como “ônus dinâmico da prova” (THEODORO JUNIOR. 2018. p. 921, grifo do autor).

Ainda no tocante a distribuição estática do ônus da prova, conforme se denota do art. 373, I e II, do CPC/15 e art. 818, I e II, da CLT, o réu tem o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do autor, e caso simplesmente negue esses fatos, o ônus da prova continua com o autor, visto que o réu não trouxe ao processo uma nova alegação com o fito de contrariar a afirmação autoral, mas somente os negou (PAMPLONA FILHO, 2020, p. 797).

Nessa linha, pode-se afirmar que quando uma parte alegar fatos e a parte contrária apenas negá-los, o ônus da prova se manterá com a primeira. Contudo, caso a parte contrária se oponha as alegações autorais e apresentar novos fatos passará a ter consigo o ônus da prova.

Entretanto, Leite (2020, p. 786) sustenta que há um problema acerca do ônus probatório dos chamados fatos negativos, uma vez que esses, quando negados pela parte

contrária, não precisam ser provados. O autor afirma que, na verdade, tudo aquilo que se nega, está subtendida uma afirmação. A exemplo, quando o empregador nega que não dispensou o empregado sem justa causa, ou seja, negação do fato, ele estará alegando, de forma implícita, que trabalhador abandonou o emprego ou se demitiu, em outros termos, estará afirmando (LEITE, 2020, p. 786).

De acordo com esse entendimento, de que há exceções e controvérsias no que tange ao ônus da prova do fato negativo, tem-se a Súmula nº 212 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

SÚMULA Nº 212 - DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (BRASIL, TST, Res. 121/2003, DJ 19, 20, 21/11/2003, [p. ?]).

Desse modo, verifica-se, que mesmo diante de uma negativa dos fatos alegados pelo autor, sem trazer fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral, cabe ao réu o ônus probatório acerca do término do contrato com respaldo no princípio da continuidade da relação de emprego, o que demonstra que a distribuição estática do ônus da prova comporta exceções no Processo do Trabalho.

No tocante à distribuição dinâmica do ônus da prova, há a possibilidade de o Juiz atribuir o ônus probatório à parte que possui mais facilidade no alcance da prova. Isto ocorre frente à necessidade de tornar efetivo o acesso a uma ordem jurídica íntegra e não criar empecilho à tutela do direito à parte que está com a razão e não possui, ao seu dispor, a possibilidade de produzir a prova do fato que constitui o seu direito. É o que a doutrina denominou de carga dinâmica do ônus da prova (SCHIAVI, 2017, p. 707).

A teoria das cargas dinâmicas tem como precursor o processualista argentino Jorge Walter Peryano, e possui como ideia central, a verificação da aptidão para a produção da prova no processo. Deve-se arcar com o encargo probatório, aquele que dispor de melhores condições, sejam elas fáticas, técnicas, econômicas ou jurídicas, de produzir a prova diante do caso concreto (PAMPLONA; SOUZA, 2020, 798).

Vale destacar que, no Processo do Trabalho, a aplicação da distribuição dinâmica dos ônus da prova sofreu algumas alterações com o advento da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que a modificou a redação do art. 818 da CLT, passando a prever expressamente a carga dinâmica do ônus da prova nas relações processuais trabalhistas (PAMPLONA; SOUZA, 2020, p. 799).

A previsão da carga dinâmica está insculpida no art. 373, §1º, do CPC/15, bem como no art. 818, §1º, da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/2017, os quais afirmam que diante das peculiaridades do caso em que uma parte tem melhores condições de produzir a prova que outra, o juiz poderá atribuir ônus probatório de modo diverso do previsto no *caput*, que trata da carga estática do ônus da prova (BRASIL, 2015; 2017).

Os parágrafos dos mencionados artigos dispõem, ainda, que a distribuição dinâmica deverá ocorrer por decisão fundamentada e a parte, a quem foi imposto o ônus da prova, terá o direito à oportunidade de se desincumbir do referido ônus (BRASIL, 2015; 2017).

Para Pinho (2020, p. 746), a teoria da carga dinâmica abandona a abstração no estabelecimento do ônus probatório que vigorava antes do advento do CPC/15, bem como sustenta a atribuição do ônus da prova independente do posicionamento das partes no processo.

Aduz ainda, que com esta teoria, tem pouca importância se o fato invocado se trata de constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito. Traz relevância para as peculiaridades do caso concreto com o fito de atribuir o encargo probatório à parte que, de acordo com a análise das circunstâncias concretas pelo magistrado, esteja em condições melhores e mais adequadas para a produção da prova (PINHO, 2020, p. 746).

Ressalta-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova não é uma teoria que revoga o sistema legal, mas o complementa em conformidade com os princípios que norteiam um processo justo, na busca da verdade real, da boa-fé e da lealdade tornando as partes cooperadores do magistrado no tocante a devida prestação jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 923).

Assim, verificado que a prova pode ser produzida, mas quem possui o ônus de produzi-la não possui capacidade ou condições para tanto, e verificando melhores condições na parte contrária, o juiz poderá, conforme a teoria da carga dinâmica, distribuir o ônus probatório de modo diverso, visando um julgamento justo, visto que sem a produção da prova, poderá acarretar uma decisão desfavorável a quem possuía a razão.

Diferentemente da carga estática, que traz a ideia contrária à de movimento, ou seja, que se encontra parado, a carga dinâmica se opõe a isso, trazendo justamente a ideia de movimento, de distribuição, em que se aplica o princípio da aptidão probatória às partes de acordo com o caso concreto (PEREIRA, 2018, p.592).

Frente à instrução probatória, o magistrado contemporâneo sensível e atuante ao sentido das demandas judiciais, não pode se afastar do principal objetivo do processo, qual seja, a busca da justiça, tal qual da obrigação do Estado em prestar a tutela jurisdicional, com o

fito de preservar as relações sociais, bem como impedir a busca pela justiça com as próprias mãos (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 761).

Portanto, a justificativa para adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova é o equilíbrio das forças entre as partes, possibilitando uma cooperação equânime junto ao magistrado na prestação jurisdicional, visto que, enquanto a carga estática pode inviabilizar uma das partes provar suas alegações através de provas relevantes, a carga dinâmica busca trazer essa viabilidade, possibilitando igualdade entre as partes no convencimento do julgador (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 925).

Ressalta-se, porém, que a decisão que atribui o ônus probatório diverso do estático, previsto como padrão legal, não pode se tornar demasiadamente oneroso à parte ao ponto de ela não poder se desincumbir, conforme está disposto no art. 818, §3º, da CLT (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, sempre que a prova for demasiadamente difícil ou até impossível de ser produzida, será considerada prova diabólica. Assim, o encargo da produção probatória de uma parte não poderá ser atribuído à outra (SARAIVA; LINHARES, 2018, p. 227).

Ademais, em sendo distribuída a prova de modo diverso, a decisão deverá ocorrer antes da abertura da instrução, podendo ser adiada a audiência caso a parte requeira, possibilitando se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, conforme art. 818, §2º, da CLT (BRASIL, 1943).

Destarte, verifica-se que antes do advento do Código de processo Civil de 2015 e da Lei nº 13.467/2017, que modificou o art. 818 da CLT, utilizava-se a distribuição estática do ônus probatório previsto na legislação, e somente, excepcionalmente, com embasamento na doutrina e jurisprudência, é que se atribuía o ônus de modo diverso.

Observa-se ainda, que a distribuição dinâmica do ônus da prova tem por finalidade a igualdade entre as partes no convencimento do julgador. Distribuindo o ônus probatório dinamicamente, o magistrado deve zelar pela igualdade, não podendo atribuir um excessivo ônus à parte de forma tal que ela não possa se desincumbir.

Assim sendo, destaca-se que, além da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, é possível que o magistrado inverta o ônus probatório a favor de uma das partes, conforme será tratado a seguir.

3.3 Inversão e requisitos para sua aplicação no processo do trabalho

A inversão do ônus da prova se define como a possibilidade que é facultada ao magistrado pelo ordenamento jurídico, para que, frente a hipossuficiência de uma das partes, bem como da verossimilhança de suas alegações, inverta o ônus da prova, isto é, modifique de forma inversa a regra geral no que tange ao encargo probatório da parte hipossuficiente (PAMPLONA FILHO; SOUZA, 2020, p. 802).

Quando o autor menciona, a hipossuficiência e a verossimilhança, refere-se ao art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, comumente, utilizado na inversão do ônus probatório, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990, [p. ?]).

Observa-se que para ocorrer a inversão, faz-se necessária a presença da verossimilhança das alegações, bem como da hipossuficiência de uma das partes, na produção da prova para, a partir daí, inverter somente o sentido do ônus probatório que já se encontra disposto na legislação processual.

A hipossuficiência do reclamante não diz respeito somente à econômica, mas principalmente à dificuldade excessiva de se produzir a prova. Já a verossimilhança tem relação com à aparência de veracidade das alegações que constituem o direito do autor (SCHIAVI, 2017, p. 706).

Ao analisar a verossimilhança, o magistrado deverá fazer um sopesamento, verificando se há mais motivos favoráveis que desfavoráveis às afirmações do autor, pautando-se nas regras de experiência (SCHIAVI, 2017, p. 706).

Do mesmo modo da distribuição dinâmica do ônus da prova, a inversão do ônus probatório veio ser legalmente permitida somente com o advento da Lei nº 13.467/17, que modificou o art. 818 da CLT, inserindo o §1º facultando ao juiz distribuir o ônus de modo diverso conforme a análise do caso concreto.

Todavia, Leite (2020, p. 789) afirma que mesmo antes do advento da Lei nº 13.467/17, já se demonstrava não haver mais dúvida sobre o cabimento da inversão do ônus da prova no que tange ao Direito Processual do Trabalho. Não apenas pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC, mas também pela autorização contida no art. 852-D da CLT que trata do

poder do magistrado acerca do ônus da prova. Mesmo o art. 852-D da CLT sendo direcionado ao rito sumaríssimo, caberia ao magistrado se valer dele de forma analógica para aplicação nos demais ritos (LEITE, 2020, p. 789).

Essa possibilidade de inversão do ônus da prova, dada ao magistrado, decorre dos seus poderes instrutórios que podem ser verificados no art. 370 do CPC/15, bem como no art. 765 da CLT. Isto porque o magistrado terá uma grande atuação no que tange a produção das provas, as quais se prestarão a embasar seu convencimento para a prolação da decisão de forma justa (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 762)

Nesse passo, a inversão está atrelada à modificação do sentido previsto em lei (Carga estática), transferindo o encargo probatório que pertencia a uma parte que se encontra hipossuficiente e com alegações verossímeis, para a parte contrária. Ao inverter o ônus probatório, o ônus do fato constitutivo que pertencia ao autor, passa a ser do réu, em outros termos, o réu deverá produzir provas acerca da inexistência do fato constitutivo do pleito autoral, isto em decorrência do poder instrutório do magistrado que lhe possibilita determinar a inversão perante o caso concreto.

Destaca-se que a inversão é uma faculdade ao juiz e pode ser feita de ofício, sem depender de requerimento das partes. Isto porque haverá a necessidade de inversão somente nos casos em que não houver provas suficientes nos autos, isto é, as partes não se desvencilharam, parcial ou integralmente, do encargo de produzir as provas que lhes competiam (SCHIAVI, 2017, p. 706).

Desse modo, ainda que as partes não requeiram em juízo a inversão do ônus probatório, é possível que o magistrado a faça de ofício, desde que cumprido os requisitos de hipossuficiência na produção da prova ou verossimilhança das alegações do autor.

No que concerne a classificação da inversão do ônus da prova, a doutrina a classifica em legal, judicial e convencional. A inversão legal, também denominada de *ope legis*, ampara-se nas conjecturas relativas inculpidas em lei, acerca do ônus da prova, tendo como fundamento o art. 38 da Lei nº 8.078/90 (CDC). Já a inversão judicial, também considerada inversão *ope judicis*, equivale às normas legais que dispõem acerca da distribuição do ônus da prova por decisão do juiz, embasada no art. 6º, VIII, do CDC (PINHO, 2020, p. 744).

A respeito da inversão convencional, o CPC/15, art. 373, § 3º, permite que as partes, por convenção, alterem a distribuição do ônus da prova, podendo fazê-la desde que não recaia sobre direito indisponível e não se torne, a uma parte, excessivamente difícil o exercício do direito (BRASIL, 2015).

Diante disso, exceto nas duas situações supramencionadas, a convenção sobre o ônus da prova é permitida. Quanto ao direito indisponível, não será possível, haja vista que este não é passível de transação, tampouco de confissão. Permitir a inversão do ônus da prova nesses casos seria permitir, de forma indireta, uma burla a essas proibições (GONÇALVES, 2020, p. 95).

Assim sendo, ao tratar da inversão convencional, Schiavi (2017, p. 704) aduz que essa regra praticamente não se aplica ao Processo do Trabalho em razão das particularidades deste, bem como pela dificuldade na produção de provas que apresenta o reclamante.

No mesmo sentido Jorge Neto e Cavalcante, assim lecionam:

Essa convenção é inaplicável ao processo trabalhista: (a) não se pode admitir esse ajuste na vigência do contrato individual de trabalho, precisamente, pela sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador; (b) o acentuado aspecto inquisitivo do processo do trabalho, onde o magistrado possui a plena liberdade de condução da atividade jurisdicional, notadamente, para determinar as diligências necessárias para o esclarecimento do litígio trabalhista (art. 765, CLT). (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 765).

Desse modo, a inversão por convenção é inaplicável ao processo trabalhista, tendo em vista a sujeição do empregado ao empregador durante o contrato laboral, assim como, há maior possibilidade do esclarecimento do litígio trabalhista por meio da ingerência do magistrado.

Outrossim, a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, em seu art. 2º, inciso VII, dispõe que é inaplicável ao processo do trabalho, devido à inexistência de omissão ou por incompatibilidade, o art. 373, §§ 3º e 4º, do CPC/15, sobre distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes. Assim, prevalece o entendimento de que as normas sobre o ônus da prova não são disponíveis, não sendo permitido sua alteração através de convenção das partes (GARCIA, 2017, p. 272).

Nesses termos, dispõe a Instrução Normativa nº 39/2016:

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes) (BRASIL, 2016, [p. ?]).

Dentre as classificações, verifica-se que a mais aplicável ao processo do trabalho é a judicial, em que legislação prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova por meio do magistrado. Isto porque não há previsão legal específica na CLT acerca da inversão do ônus da prova a favor de uma das partes. No tocante a inversão convencional, nota-se que a doutrina

se inclina pela sua inaplicabilidade no processo do trabalho, bem como encontra empecilho no disposto na Instrução Normativa nº 39/16 do TST.

Além das classificações da inversão do ônus das provas supracitadas, vale destacar o momento da inversão do ônus da prova. Pamplona e Souza (2020, p. 805) asseveram que a doutrina se divide nesse aspecto, pois, há quem entenda que deva ser ao proferir a sentença e há quem entenda que deva ocorrer antes da fase instrutória em que o juiz demonstre a sua intenção em inverter o ônus probatório.

Os referidos autores se posicionam no sentido de que, para o processo não se tornar arbitrário, o magistrado deve deixar claro, no decorrer da lide, e não no momento da sentença, sua pretensão acerca da inversão do ônus de prova, inclusive possibilitando à parte que se desincumba do referido ônus, conforme permitido pelo § 2º do art. 818, da CLT (PAMPLONA; SOUZA, 2020, p. 805).

Do mesmo modo, Leite (2020, p. 791) afirma que antes das Lei nº 13.467/17, ele defendia que o ônus da prova era uma regra de julgamento e caberia ao magistrado, na sentença, fundamentar sua decisão acerca de quem era o ônus probatório. Contudo, houve a inserção do §2 ao art. 818, da CLT pela referida Lei. Passou-se a dispor que a decisão que distribuir o ônus da prova de forma diversa, ou invertê-lo, deverá ser feita antes da fase instrutória de forma fundamentada, podendo a audiência ser adiada, por requerimento da parte, para que desincumba do seu *onus probandi* (LEITE, 2020, p. 791).

Destarte, a inversão do ônus da prova não poderia ocorrer em sentença, haja vista que seria contrária ao princípio do contraditório, ou seja, seria uma decisão surpresa, o que confronta com o art. 10, CPC/15 (JORGE NETO; CVALCANTE, 2019, p. 764). Nesses termos:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015, [p. ?]).

Com a disposição do art. 818, §2, da CLT, inserido pela Reforma trabalhista, passou-se a adotar o entendimento de que a distribuição de modo diverso do estático, ou a inversão do ônus da prova, deve ser feita anterior a fase instrutória, bem como deve ser possibilitado à parte que adquiriu o ônus, se desincumbir deste.

Por fim, a inversão do ônus da prova no processo do Trabalho também se respalda no principal objetivo do Direito Processual do Trabalho, que é o de prover o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. Por via de consequência, terá como resultado a facilitação da

colheita de provas, bem como a proteção ao trabalhador hipossuficiente, e ainda, o desenvolvimento das normas trabalhistas e sociais (Pereira, 2018, p. 591).

Ademais, notou-se que a inversão do ônus da prova não pode ser arbitrária, tendo em vista que deve cumprir com requisitos, precipuamente os insculpidos no art. 6º, VIII, do CDC, que trata da hipossuficiência e da verossimilhança das alegações do autor que antes da Lei nº 13.467/2017 era, de forma subsidiária, o principal fundamento para permissão da inversão do ônus probatório no processo do trabalho. Tendo agora, também, a possibilidade da inversão do ônus da prova pautada no §1º, do art. 818, da CLT, inserido pela Reforma trabalhista.

Após tratar da inversão do ônus da prova e suas peculiaridades, adentra-se, adiante, na aplicação do ônus da prova da jornada de trabalho.

3.4 Ônus da prova e o controle de ponto da jornada de trabalho

Conforme já demonstrado anteriormente, o limite da jornada de trabalho está insculpido no art. 7º, incisos XIII e XIV, da Constituição Federal, bem como no *caput* do art. 58, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943; 1988). Sendo a jornada de trabalho o intervalo temporal diário em que o empregado labora ou se dispõe a laborar para o empregador por força do contrato de trabalho. Havendo teorias que reduzem ou ampliam a composição da jornada, a considerando ora como tempo efetivamente laborado, ora como o tempo à disposição em conjunto com o tempo de deslocamento.

No que concerne ao controle de ponto, este se encontra amparado pelo art. 74 e parágrafos, da CLT, em que o horário de trabalho será anotado em registro de empregados. Destacando que os empregadores que contam com a força de trabalho de mais de 20 trabalhadores, o horário de entrada e saída será obrigatoriamente anotado (BRASIL, 1943).

No tocante ao ônus da prova, conforme já tratado em tópico específico, está disposto no art. 818 e parágrafos, da CLT, bem como de forma subsidiária no art. 373 do CPC/15, podendo ser aplicado de modo estático, dinâmico ou invertido (BRASIL, 1943).

O ônus probatório é o encargo dado às partes para que possam produzir as provas que o magistrado terá como base para seu convencimento, não havendo, porém, sanção pela ausência de sua produção, mas somente suas consequências negativas por não provar as alegações e fatos trazidos ao processo.

Inicialmente, destaca-se que o ônus da prova de forma estática se aplica à jornada de trabalho do mesmo modo que nos demais casos de aplicação do ônus probatório. Assim, ao autor, cabe provar os fatos constitutivos de seu direito. Já ao réu, cabe provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo a respeito do pleito autoral (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 823).

SILVA (2019, p. 72) ao tratar dos cartões de ponto como meio de prova de jornada de trabalho, afirma que estes são a memória de todas as particularidades, bem como das oscilações do contrato de trabalho, podendo servir em variadas investigações, tais como horas extras, atrasos, faltas, em outros termos, podem ser utilizados na verificação de tempo de férias, redução de jornada, afastamentos médicos, entre outros.

Nessa linha, ressalta-se que, em certa medida, na jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, encontra-se a aplicação tanto da teoria da carga dinâmica quanto da inversão do ônus da prova no tocante à jornada de trabalho, conforme disposição da Súmula nº 338 do TST (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 764). *In verbis*:

Súmula nº 338 do TST. 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) (BRASIL, Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25/04/2005).

O inciso “I” da supramencionada Súmula trata da obrigação do empregador no controle de ponto quando contar com mais de 10 empregados, porque foi baseada na redação anterior do §2º do art. 74, da CLT, mas após a Lei nº 13.874/19, a obrigação passa a ser quando houver mais de 20 empregados.

Além da obrigação de apresentar o controle de ponto, a não apresentação injustificada gerará presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, podendo, esta, ser rebatida por prova em contrário, ou seja, poderá demonstrar, por outros meios, a ausência de labor extraordinário.

Nesse sentido, caso o empregado mova uma ação em face do empregador possuindo, este, mais de 10 empregados (20 atualmente), e aquele pleitear horas extras, a não

apresentação injustificada dos controles de ponto pelo empregador, conforme mencionado, gera presunção de veracidade da jornada alegada pelo autor, sendo considerada relativa, logo, pode ser elidida por prova em contrário (PERERIA, 2018, p. 620).

Ainda que o ônus probatório das horas extras seja do trabalhador, por ser fato constitutivo do seu direito, o TST determina que cabe ao empregador a produção de prova acerca da jornada de trabalho, quando tiver mais de 10 empregados (20 atualmente) (SARAIVA; LINHARES, 2018, p 226).

No que concerne ao inciso “II” da súmula nº 338, do TST, demonstra-se a hipótese em que a jornada pactuada em norma coletiva apenas faz presumir a sua validade, sendo viável a comprovação, no caso concreto, de forma contrária ao que consta no instrumento.

Ademais, o inciso “III” da Súmula nº 338 trata do cartão de ponto britânico, que demonstra horários de entrada e saída uniformes, sem nenhuma variação, sendo considerado inválido como meio de prova, invertendo-se o ônus probatório relativo às horas extras, passando ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir (PERERIA, 2018, p. 621).

Isto ocorre porque não se presume como regular um controle que demonstra jornadas absolutamente invariáveis, tendo em vista que se torna inviável um empregado, durante todo contrato de trabalho, cumprir à risca o mesmo labor, nos mesmos horários, sem qualquer variação. Torna-se incoerente entender que nunca houve um fato capaz de alterar o termo inicial ou final da jornada (PAMPLONA FILHO, 2020, p. 809). Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. APRESENTAÇÃO DE CARTÕES DE PONTO BRITÂNICOS. ÔNUS DA PROVA. ITEM III DA SÚMULA 338 DO TST. O Tribunal Regional ao atribuir o ônus da prova da jornada extraordinária à reclamante, não obstante reconhecer que "os cartões de ponto juntados pela reclamada são imprestáveis, pois retratam o chamado horário britânico, sem qualquer variação no horário de entrada e de saída", contrariou as disposições constantes no item III da Súmula 338 do TST, no sentido de que "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." . Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL; TST - RR: 380008220105170014, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 08/08/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/08/2018).

Esse julgado demonstra a plena aplicação do inciso III da Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho quando da juntada de controles de ponto uniformes aos autos processuais. Considerando-os inválidos e, conseqüentemente, inservíveis como meio de prova da jornada laboral do trabalhador, invertendo-se, portanto, o ônus da prova acerca das horas

extras, acarretando a prevalência da jornada exordial do obreiro, caso o empregador não se desincumba do seu ônus.

Destaca-se, ainda sobre a aplicação da Súmula nº 338, que o art. 12 da LC nº 150/2015 dispõe que "é obrigatório o registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo" (BRASIL, 2015). Mesmo que o empregador doméstico conte com o labor de apenas um empregado, estará obrigado a registrar seus horários de entrada, saída e intervalos, ou seja, a falta de controle, ou sua anotação sem variações, acarreta presunção de veracidade da jornada apresentada pelo empregado, ficando o ônus da prova a cargo do empregador.

Diante do exposto, fazendo uma análise conjunta dos arts. 74 e 818 da CLT e da Súmula nº 338 do TST, conclui-se que, caso seja alegado jornada ampliada de trabalho, fora dos ditames contratuais, cabe ao trabalhador prová-la.

Contudo, caso o empregador possua mais de 20 empregados, cabe a ele juntar o controle de ponto aos autos processuais. Caso junte, o ônus da prova permanece com o trabalhador. Não juntando de forma injustificada, será presumida verdadeira a jornada alegada pelo obreiro, permitindo-se prova em contrário.

Sendo juntado o controle de ponto pelo empregador, mas este não possuir variações na jornada de trabalho, serão considerados inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus probatório quanto às horas extras, cabendo ao empregador se desincumbir, caso contrário, prevalece a jornada trazida pelo trabalhador.

No que diz respeito aos empregados domésticos, por possuírem legislação específica determinando o registro de ponto, o comando do art. 74 da CLT não se aplica. Mesmo havendo menos de 20 empregados domésticos, deve ser realizado o controle de ponto pelo empregador e juntado aos autos processuais em caso de eventual Reclamação Trabalhista.

Destaca-se, por fim que, com o advento da Lei nº 13.874/2019, foi inserido no art. 74 da CLT, o parágrafo 4º, permitindo o controle de ponto por exceção através de acordo individual, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, no qual se registra somente às exceções à jornada normal pactuada. Desse modo, analisa-se, adiante, a quem pertence o ônus da prova no registro de ponto por exceção.

4 JORNADA DE TRABALHO NO REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO TST: A QUEM PERTENCE O ÔNUS PROBATÓRIO, AO EMPREGADO OU AO EMPREGADOR?

O controle de ponto por exceção ocorre quando o empregador anota somente as exceções à jornada regular do trabalhador. Destaca-se que, esse formato, sempre foi rejeitado e, conseqüentemente, invalidado pela jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo, a Corte Trabalhista passou a flexibilizar seu entendimento, sobretudo, após as portarias nº 1.120/1995 e nº 373/2011, emitidas pelo extinto Ministério do Trabalho e Emprego, atual Secretaria Especial de Previdência Trabalho, permitindo a adoção de meios alternativos de controle de ponto, como o realizado por exceção.

Essa mudança de postura ganhou maior força com o advento da Reforma Trabalhista e, se consolidou, com a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) que inseriu, na CLT, a previsão legal da adoção do ponto por exceção. No entanto, a positivação do controle de ponto por exceção trouxe novas discussões, sendo uma delas acerca do encargo probatório das partes, empregado e empregador.

Assim, neste capítulo, será abordado a quem pertence o ônus da prova no registro de ponto por exceção. Para isso, inicialmente será demonstrado as noções gerais no registro de ponto por exceção, e, por fim, qual entendimento prevalente a partir da análise da jurisprudência do TST a respeito do tema.

4.1 Ônus da prova no registro de ponto por exceção: noções gerais

A limitação da jornada de trabalho é um dos direitos fundamentais sociais conquistados pelo trabalhador brasileiro garantido pela CF de 1988 e, regulamentado pela CLT. Assim, necessário se faz o seu controle para que tais limites sejam respeitados. Nesse sentido:

[...] para que se afira, no plano concreto, uma jornada de trabalho efetivamente prestada, é necessário que exista um mínimo de controle ou fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade perante o empregador. Trabalho não fiscalizado ou controlado minimamente é insuscetível de propiciar aferição da real jornada laborada pelo obreiro: por esse motivo é insuscetível de propiciar aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador (DELGADO, 2019, p. 1063).

É por essa razão que havia intensas discussões acerca da validade, ou não, da adoção do controle de ponto por exceção, tendo em vista que, neste caso, se anota somente as exceções à jornada regular pactuada entre as partes, tais como horas extraordinárias, faltas, entre outras.

Foi com a Portaria nº 1.120 de 1995, do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, que se suscitou pela primeira vez a adoção de meios alternativos de controle de jornada, na qual estava inserido a possibilidade da adoção do controle de ponto por exceção (BRASIL, 1995).

Posteriormente, foi revogada pela Portaria nº 373 de 2011, também editada pelo extinto Ministério do Trabalho e Emprego. Nesta, permaneceu a previsão de adoção do controle de ponto por exceção, no entanto, veio acompanhada de novos artigos com diretrizes mais específicas e burocráticas acerca da adoção do referido controle (BRASIL, 2011).

Em ambas as portarias constavam a previsão da adoção por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, não havendo previsão da adoção por meio do acordo individual de trabalho.

PORTARIA Nº 373 DE 25.02.2011

Art. 1º - Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, desde que autorizados por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho.

§ 1º - O uso da faculdade prevista no caput implica a presunção de cumprimento integral pelo empregado da jornada de trabalho contratual, convencionada ou acordada vigente no estabelecimento. (BRASIL, 2011, [p. ?]).

Nesse sentido, os empregadores passaram a adotar através de convenção e acordo coletivo de trabalho o controle de ponto por exceção junto aos sindicatos da categoria laboral. Fundamentavam suas alternativas ao controle de ponto por exceção no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, que reconhece como direito dos trabalhadores as convenções e os acordos coletivos, bem como nas mencionadas portarias que dispuseram sobre a permissão da adoção de meios alternativos de controle de ponto, conforme se verifica no julgamento do AIRR 6769009720095120034, de relatoria do ministro Guilherme A. C. Bastos, julgado em 02/05/2012, pela 2ª Turma do TST, publicada no DEJT em 11/05/2012 (BRASIL 1988; 2012).

No entanto, a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho manteve o entendimento de que as normas que tratam do registro de jornada são de ordem pública, o que impossibilitaria a sua alteração, pois se tratava de normas de higiene e saúde do trabalho:

RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO QUE PREVÊ REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO. INVALIDADE. ARTIGO 74 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. GARANTIA QUANTO À HIGIENE E SAÚDE DO TRABALHO. HORAS EXTRAS DEVIDAS. [...] Tem-se que o exercício da

autonomia negocial coletiva não é absoluto e não pode alcançar normas que contrariem as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores (LC 75/93, art. 83, IV) - que integram o núcleo essencial do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Nesse contexto, são insuscetíveis de negociação coletiva as normas que disciplinam [...], as regras de proteção à saúde e segurança do trabalho, entre outras. O artigo 74, parágrafo 2º da CLT, [...] consubstancia-se em norma de ordem pública, cujo objetivo precípua é a garantia das condições de higiene e saúde do trabalho[...] Precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL, TST - RR: 7807120125150067, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 07/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015).

Dessa forma, embora a Constituição Federal reconheça aos sindicatos o poder de criar normas autônomas, essa autonomia não é absoluta, devendo-se observar o princípio da supremacia das normas de ordem pública, os direitos indisponíveis dos trabalhadores, bem como o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Em conformidade com jurisprudência do TST, era necessário observar a disposição do artigo 7º, XXVI, da CF/88, em conjunto com os princípios mencionados, que visam proteger as relações trabalhistas. Com base nisso, resta evidenciado a inviabilidade jurídica do empregado dispor de vantagens e proteções, por simples manifestação de vontade, que lhe assegura o Direito do Trabalho e os contratos que dele decorrem no ordenamento jurídico brasileiro (DELGADO, 2019, 237).

Essa mitigação à autonomia da vontade no contrato trabalhista, portanto, prevalece quando contraposto aos ditames do Direito Civil no tocante à soberania das partes no ajuste de cláusulas contratuais. Vale como instrumento eficaz para assegurar garantias fundamentais ao trabalhador (DELGADO, 2019, 237).

Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho argumentava no sentido de que seria inválida a norma coletiva que autorizasse controle de ponto por exceção, tendo em vista que vulnera a norma de fiscalização trabalhista, prevista no art. 74, § 2º, da CLT, conforme se verifica julgamento do RR: 120709420145030084, de relatoria de Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 17/06/2015 pela 6ª Turma, publicado no DEJT em 19/06/2015 (BRASIL, 2015).

O art. 74, §2º, da CLT previa obrigação para os estabelecimentos de mais de dez empregados da anotação de entrada e saída dos trabalhadores, sendo a previsão hoje, após a Lei nº 13.874/2019, para mais de 20 trabalhadores. Por isso, havia uma colisão entre o ponto por exceção e a referida disposição considerada norma ordem pública por tratar de saúde e segurança, bem como necessária para uma efetiva fiscalização (BRASIL, 1943, 2019).

Após as portarias supramencionadas possibilitando a adoção do controle de ponto por exceção, adveio a Lei nº 13.467/17 que alterou a CLT, instituindo a denominada Reforma

trabalhista. O argumento do Tribunal Superior do Trabalho acerca do art. 74, §2º da CLT de que se tratava de norma de saúde e segurança, e que não poderia ser objeto de estipulação de convenção e acordo coletivo, foi contraditado frente a previsão do art. 611-A, I e II, bem como do art. 611-B, parágrafo único, ambos da CLT, que assim dispõem:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; [...] X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...] Parágrafo único. 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. (BRASIL, 1943; 2017, [p. ?]).

Desse modo, com a inovação na CLT prevendo que convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho podem dispor sobre modalidade de registro de jornada, assim como não são consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, não poderia mais haver proibição à marcação de ponto por exceção (ROMAR, 2018, p. 379).

Todavia, mesmo após a expressa previsão trazida pela Reforma trabalhista à CLT, o Tribunal Superior do Trabalho ainda realizou julgamentos no sentido de proibir a adoção de controle de ponto por exceção, os considerando inválidos, invertendo ou mantendo a inversão do ônus da prova em desfavor do empregador, *in verbis*:

Tribunal Superior do Trabalho TST - RECURSO DE REVISTA : RR 10004835620185020501[...] Ao exame. No caso, o Tribunal Regional considerou inválidos os registros de jornada de trabalho -por exceção-, isto é, com anotações dos horários de entrada e saída apenas quando diferentes do horário contratual, consignando que -inválido é o sistema de marcação de ponto por exceção, mesmo que ajustado por norma coletiva, pois viola o artigo 74, § 2º, da CLT, porquanto é dever do empregador aferir correta e integralmente a jornada cumprida pelo trabalhador em todos os dias de labor- [...] **Um sistema de marcação de horários de entrada e saída invariáveis, com exceção apenas para as ocasiões em que há divergência da jornada de trabalho contratual, como na hipótese, não traz nenhuma segurança quanto à real jornada cumprida pelo trabalhador. Tanto é assim que a jurisprudência desta Corte entende que é inválido o sistema de registro de ponto -por exceção-, ainda que previsto em norma coletiva, por afrontar o artigo 74, § 2º, da CLT, uma vez que essa flexibilização contraria as normas de saúde e segurança no trabalho.** [...] Ante o exposto, não conheço do recurso de revista, com fundamento no artigo 251, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. (TST - RR: 10004835620185020501, Relator: José Roberto Freire Pimenta. Data de julgamento: 30/09/2019. Data de Publicação: DEJT 03/10/2019, grifou-se)

Nesse julgamento, no que pese não haver conhecido o recurso, o Emérito relator expôs todo o entendimento do colendo Tribunal Superior do Trabalho, argumentando, mais

uma vez, pela impossibilidade de normas coletivas excluírem direitos de saúde e segurança do trabalho não permitindo, assim, a adoção de controle de ponto por exceção, por afrontar o art. 74, §2º, da CLT que trata de norma de fiscalização. Invalidou-se a cláusula coletiva que estipulava o controle de ponto por exceção, tendo em vista que, além de versar sobre direitos indisponíveis, atentava contra as normas de fiscalização da jornada laboral.

Contudo, em 2019, o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 881/2019 que, em seguida, foi convertida na Lei nº 13.874 de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado e deu outras providências (BRASIL, 2019).

A legislação mencionada também foi reconhecida como “mini reforma trabalhista”, pois trouxe em seu teor, modificações nas relações de trabalho. Dentre elas, a inserção do §4º ao art. 74, da CLT com expressa previsão da possibilidade da adoção do registro de ponto por exceção pelos empregadores (BRASIL, 2019): “Art. 74, § 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”.

Essa disposição foi além do que previa as portarias editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, haja vista que acrescentou na CLT a permissão do ponto por exceção através de acordo individual de trabalho, ou seja, entre empregado e empregador. Desse modo, a discussão sobre a possibilidade de adoção do controle de ponto por exceção nas relações trabalhistas e sua validade, foi legalmente resolvida não mais se valendo de dispositivos correlatos, mas de dispositivo próprio para a adoção do instituto.

Diante disso, havendo previsão legal para que se anote somente as exceções à jornada regular de trabalho, conseqüentemente, serão válidas as anotações trazidas pelos empregadores ao processo mesmo que anotadas apenas as excepcionais da jornada laboral pactuada. Sendo válido o controle de ponto por exceção por previsão legal, será aplicado a regra padrão do ônus da prova, qual seja, a insculpida no art. 74, § 2º, combinado com o art. 818, incisos I e II, ambos da CLT, *in verbis*:

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

Art. 818. O ônus da prova incumbe:
I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (BRASIL, 1943, [p. ?]).

Isso ocorre porque o ônus da prova da jornada de trabalho delineada na inicial, em regra, é do empregado, tendo em vista que essa representa fato constitutivo do seu direito (SARAIVA; LINHARES, 2018, p. 229).

Em outros termos, caso o empregador, junte as anotações de jornada, que contenha somente exceções e que aparenta regularidade, essas terão presunção relativa de veracidade, as quais podem ser afastadas por outras provas, conforme inc. II da Súmula nº 338 do TST (BRASIL, 2005). Assim, o ônus da prova de que o cartão anexado não demonstra a real jornada será do empregado, que terá de evidenciar sua invalidade.

Nesse sentido Coelho e Albuquerque (2017, p. 4) afirmam que essa permissão deixa o empregado sem a comprovação de sua jornada regular de trabalho frente a possibilidade de ausência de anotação, ficando a cargo do empregado comprovar o labor extraordinário que, em regra, deveria estar anotado.

Assim, o ônus da prova pertence ao empregado, já que há previsão legal permitindo o controle de ponto por exceção, logo cabe ao trabalhador se desincumbir mesmo nos casos em que o empregador possua mais de 20 empregados, desde que comprove que adotou o ponto por exceção por meio do acordo coletivo, convenção coletiva ou acordo individual de trabalho.

No entanto, nos casos em que o empregador não juntar nenhuma anotação de exceção ou caso junte as exceções sem nenhuma variação ao longo do contrato de trabalho, vislumbra-se a hipótese da aplicação do inciso III da Súmula nº 338, do TST, que trata dos cartões britânicos frente a inviabilidade da ausência total de exceções e variações durante todo o contrato de trabalho conforme será tratado adiante.

4.2 A Jurisprudência do TST e a mitigação da distribuição estática do ônus da prova no controle de ponto por exceção

Ao julgar as relações contratuais entre empregado e empregador, bem como ao aplicar o instituto da inversão do ônus da prova, o TST tem mitigado a rigidez dos incisos I e II, do art. 373, do CPC/15 e dos incisos I e II, do art. 818, da CLT (BRASIL, 1943; 2015).

A jurisprudência trabalhista, ao longo da história, buscou abrandar a rigidez da divisão estática do ônus da prova, ou seja, adotando a inversão do ônus probatório em casos específicos, quando o encargo caberia ao empregado, mas a produção da prova fosse

excessivamente onerosa a ele, em razão de sua hipossuficiência e da verossimilhança de suas alegações (PAMPLONA FILHO; SOUZA, 2020, p. 806). Nessa linha:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. 1. O argumento da existência de diferenças no pagamento de gratificação representa fato constitutivo do direito do autor, recaindo sobre ele o ônus da prova. 2. **Em situações específicas, o magistrado pode inverter esse ônus, na forma do art. 6.º, VIII, do CDC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT), quando sua produção se revelar excessivamente onerosa para o titular inicial desse encargo.** [...]. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL; TST - RR: 11496320145080011, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 10/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/05/2017, grifo nosso)

Conforme se extrai do teor do julgamento acima exposto o abrandamento atrelado à inversão do *ônus probandi*, aplica-se nos moldes da disposição do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

Essa permissão da inversão do ônus da prova contida no art. 6º, inc. VIII, do CDC, tem aplicação de forma subsidiária ao Processo do Trabalho, conforme permite o art. 769 da CLT, visto que o §1º do art. 818, da CLT trata da distribuição do ônus da prova de modo diverso, mas não especificamente em inversão do ônus probatório (BRASIL, 1943; 1990).

Nessa linha, tem-se o Enunciado n. 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

Enunciado 66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE

Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação das normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social. (BRASIL; 2008, [p. ?], grifo nosso).

O enunciado supramencionado demonstra a necessidade de se permitir a aplicação de outras normas processuais ao Processo do Trabalho quando essas forem mais adequadas para a garantia de direitos, o que justifica a aplicação do art. 6º, VIII, do CDC para mitigar e inverter a distribuição estática do ônus da prova.

A exemplo da mitigação pelo TST, do ônus estático da prova e aplicação da distribuição ou inversão do ônus da prova, tem-se a Súmula nº 212 desse colendo Tribunal, em que o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, haja vista que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (BRASIL, 2003).

Do mesmo modo, tem-se a Súmula nº 460 do TST, aduzindo que o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte é do empregador (BRASIL, 2016).

Além disso, apesar de não ser aceita pela maior parte da doutrina, entende-se que há princípios direcionados ao Direito do Trabalho, que também norteiam o Direito Processual do Trabalho e possibilitam a inversão do ônus probatório a favor do trabalhador com o fito de manter a igualdade entre empregado e empregador.

Deve-se considerar a premissa de que o Processo do Trabalho não é apenas uma extensão do Processo Civil, haja vista que é veículo que instrumentaliza o Direito Material do Trabalho, que disciplina conteúdo completamente diverso (JAKUTIS, 2017, p. 24).

Assim, dentre os princípios do Direito material que norteiam o Processo do Trabalho, há o princípio da proteção processual que, para Leite (2019, p. 108), deriva da própria razão de ser do Processo do Trabalho, o qual foi instituído para efetivar os direitos reconhecidos pelo Direito do Trabalho, que se destina precipuamente para compensar ou reduzir a desigualdade entre empregado e empregador.

Na esfera processual trabalhista, o princípio da proteção diz respeito à presença, especialmente na legislação, de previsões que buscam conferir tratamento mais benéfico à parte considerada mais vulnerável na relação processual, qual seja, o trabalhador (GARCIA, 2017, p. 49). O Processo do Trabalho possui uma particularidade que é a proteção inclinada ao trabalhador diante de uma lide trabalhista, isso porque é reflexo do Direito Material do Trabalho (JAKUTIS, 2017, p. 24).

A essência do Direito do Trabalho possui uma feição protetiva ao trabalhador. Nesse sentido, os dispositivos e regras que tratam das relações materiais e processuais possuem um viés protecionista, tendo em vista que se deve tratar de forma desigual os que são de fato desiguais, na medida de suas desigualdades (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 161).

As normas processuais por possuírem natureza instrumental, não têm um fim em si mesmas. Essas são aplicadas em conformidade com as regras substanciais, sendo fundamento da existência do Direito processual, ou seja, sistema processual deve estar sintonizado com o seu objeto (BEDAQUE, 2011, p.24 apud JAKUTIS, 2017, p. 24).

Em outros termos, o Processo do Trabalho está a serviço do Direito do Trabalho. O Processo não consegue ser um fim em si mesmo, pois é um instrumento que necessita do seu fundamento que é o Direito material a ser concretizado.

Desse modo, Bedaque (2011, p.24) *apud* JAKUTIS (2017, p. 24) ao tratar do Processo do Trabalho de forma metafórica, o compara com um programa de computador que deve ser desenvolvido de acordo com as necessidades do usuário.

Se fosse possível sintetizar o que se pretende em poucas palavras, compreensíveis pelo leigo, dir-se-ia que um programa de computador é desenvolvido em função dos fins pretendidos. Obviamente que o editor de textos, tão útil aos profissionais do Direito, não é o mais adequado às necessidades do arquiteto ou do matemático. (...) Por isso, o instrumento precisa ser desenvolvido a partir das necessidades peculiares a cada área de atuação. Primeiro verificam-se as especificidades, detectam-se os problemas; depois, procura-se desenvolver os instrumentos adequados (BEDAQUE, 2011, p.24 *apud* JAKUTIS, 2017, p. 24).

O Direito do Trabalho se diferencia do Direito Civil, logo o Processo do Trabalho se diferencia do processo comum para que se adeque às necessidades adstritas ao Direito do Trabalho.

Pereira (2018, p. 93) afirma que, no tocante ao Processo do Trabalho, a doutrina moderna tem sustentado a aplicação do “protecionismo temperado, mitigado ou relativizado ao trabalhador”. Nesse sentido:

[...] no âmbito processual o princípio em análise não é visto com a mesma intensidade no Direito do Trabalho, mas deve ser respeitado de forma temperada para facilitar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. Isso significa que o obreiro contará com algumas prerrogativas processuais que objetivam compensar eventuais dificuldades ao procurar a Justiça do Trabalho. Além de, sob o ponto de vista econômico, ser hipossuficiente, o trabalhador possui grandes dificuldades de provar suas alegações, pois os documentos que comprovam a relação de emprego, em sua maioria, ficam na posse do empregador (PEREIRA, 2018, p. 93).

Destarte, ainda que o princípio protetor não seja aplicado no Processo do Trabalho na mesma intensidade que se aplica ao Direito do Trabalho, verifica-se sua aplicação quando da possibilidade da inversão do ônus probatório em favor do trabalhador por sua hipossuficiência probatória ou verossimilhança de suas alegações.

Do mesmo modo, verifica-se o viés protecionista do Processo do Trabalho quanto à ausência do reclamante em audiência inaugural, que acarreta o arquivamento da demanda e a possibilidade de ajuizar nova ação; o que não ocorre com o reclamado, que será considerado revel.

Há julgamento do Tribunal Superior do Trabalho em que se reconhece a aplicação do princípio protetor no Processo do Trabalho, conforme segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. (...) HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. PROPORCIONALIDADE NO PAGAMENTO. DESCABIMENTO. **Na Justiça do**

Trabalho, em face do princípio da proteção do trabalhador, não prevalece a regra do art. 21 do CPC. Sucumbente a Reclamada, ainda que apenas em parte, no objeto da perícia, é sua a responsabilidade pelo pagamento integral dos honorários devidos ao expert. Agravo de instrumento conhecido e desprovido (BRASIL, TST-AIRR 43385/2002-902-02-40, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani, julgamento. 30-5-2007, DJU 22-6-2007, grifo nosso).

Nesse sentido, embora haja o entendimento de que o princípio protetor não se aplica ao Processo do Trabalho, é notória sua aplicação, mesmo que de forma menos intensa que no Direito material do trabalho. Outrossim, ainda no viés protecionista do Processo do Trabalho, que fundamenta a mitigação do ônus da prova dos incisos I e II, do art. 373 do CPC/15 e dos incisos I e II, do art. 818, da CLT, pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, tem-se o princípio da verdade real.

O conceito de verdade no sentido real diz respeito ao plano de como os fatos ocorreram. No Direito Processual do Trabalho, o juiz deve zelar pela busca da verdade real, tendo em vista que possui ampla liberdade na direção do processo, inclusive, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento da lide (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 753). Nesses termos:

CLT - Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas (BRASIL, 1943, [p. ?]).

CPC - Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. (BRASIL, 2015, [p. ?]).

Em consonância com o supramencionado dispositivo, é o entendimento do colendo Tribunal Superior do Trabalho:

[...] RECURSO DE REVISTA (TEMA ADMITIDO NA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE). PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE DESIGNAÇÃO DE NOVA PERÍCIA FEITA POR FONOAUDIÓLOGO. Nos termos do art. 765 da CLT, "os juízos e Tribunais de Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas". No mesmo sentido, o art. 370 do CPC/2015 dispõe que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito." [...]. Conclui-se, portanto, que, havendo elementos que formem o convencimento do juiz acerca das matérias controvertidas, quais sejam: a) laudo pericial elaborado por médico do trabalho; b) laudo técnico de fonoaudiólogo e c) demais provas documentais, não se cogita de ofensa a nenhum dos artigos apontados como violados pela Recorrente. Recurso de Revista não conhecido. (BRASIL; TST - ARR: 869003520125210008, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27/06/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/08/2018, grifo, nosso).

Desta feita, o magistrado se valerá de seu poder instrutório para buscar a verdade dos fatos, aproximando-se o mais fielmente da verdade real, dando maior embasamento para seu convencimento e julgamento da lide.

Nesse contexto, a realidade dos fatos prevalecerá no tocante a determinado documento, que não corresponda a realidade. Certamente, encontram-se dificuldades na apuração da verdade real, todavia, o magistrado, ao formar seu livre convencimento motivado, deve buscar os reais acontecimentos nos conflitos, para que não haja uma distorção da realidade (PEREIRA, 2018, p. 99).

Comunga desta ideia, Leite (2020, p. 113), ao afirmar que o princípio da busca da verdade real deriva do princípio do Direito Material do Trabalho, denominado de primazia da realidade, com embasamento no mencionado art. 765 da CLT, que permite aos Juízos e Tribunais do Trabalho, ampla liberdade na direção do processo. Assim, os magistrados do trabalho poderão se valer de qualquer diligência com o fito de esclarecer a controvérsia e realizar um julgamento justo.

Ao tratar da primazia da realidade, Delgado (2019, p. 244) aduz que o conteúdo do contrato não se baseia somente no instrumento escrito, mas se vale do cotidiano da prestação de serviços. Afirma ainda que no Direito do Trabalho, deve-se buscar, preferencialmente, a prática realizada ao longo do contrato, independentemente da vontade das partes.

Tal argumento se justifica pela razão da doutrina e da jurisprudência moderna exigirem uma postura mais ativa do magistrado, ou seja, que ele não se valha apenas da verdade formal, aquela que se encontra nos autos. O magistrado atual deve-se pautar, sobretudo, na justiça e equidade, investigando mais profundamente a realidade dos fatos, isto é, a verdade real (PEREIRA, 2018, p. 99).

A jurisprudência do TST tem buscado aplicar o princípio da busca da verdade real no Processo do Trabalho, conforme se verifica nos arestos seguintes:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DE DOCUMENTOS. – No processo do trabalho admite-se a juntada de documentos destinados à produção de provas até o encerramento da instrução, tendo em vista a disciplina constante do art. 845 da CLT, a qual estabelece que as partes comparecerão à audiência com suas testemunhas, apresentando, nessa oportunidade, as demais provas; nelas, portanto, inclui-se a prova documental, **dado que a finalidade da instrução é precisamente de reunir todos os elementos de prova, em busca da verdade real [...]** (BRASIL; TST, RR, 885002120045010011, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, j. 1º-6-2011, data de publicação: 10-6-2011, grifo nosso).

RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEPOIMENTO PESSOAL. INDEFERIMENTO. CONFIGURAÇÃO 1. Se há controvérsia acerca

de fato relevante e controvertido da lide, configura cerceamento de defesa o indeferimento da tomada do depoimento pessoal da parte, uma vez que tal meio de prova constitui peça fundamental na instrução, na medida em que se busca a confissão do outro litigante, **contribuindo, assim, para a apuração da verdade real** e, em última análise, para a simplificação e celeridade do processo na medida em que fatos confessados prescindem da produção de outras provas. [...] (BRASIL; TST, RR 8723020115040022, rel. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, j. 16-8-2017, DEJT 25-8-2017, grifo nosso).

Desse modo, diante do caso concreto, é necessário que seja apurada a máxima aproximação da verdade dos fatos, especialmente no que tange a distorção da real jornada do obreiro, possibilitando sua aferição, inclusive por meio da inversão do ônus probatório, nos casos em que se verifica possíveis fraudes no controle da jornada. A exemplo disso, têm-se os controles de ponto que não apresentam variações.

Diante disso, considerando que o princípio protetor se aplica ao processo do trabalho, bem como o magistrado deve zelar pela busca da verdade real, o Tribunal Superior do trabalho possui o entendimento consolidado por meio da ex - OJ nº 306 da SBDI-1, que posteriormente foi incorporado como inciso III da Súmula nº 338, no qual os cartões sem variações de entrada e saída do trabalhador são considerados inválidos como meio de prova, nesses termos:

Súmula nº 338 do TST

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) (BRASIL, 2005, [p. ?] grifo nosso).

A referida tese sumulada diz respeito aos denominados cartões de ponto britânicos, que consistem na ausência de variações no controle da jornada do obreiro durante todo o seu contrato de trabalho.

O entendimento supramencionado se justifica pelo fato de que o dia-a-dia é imprevisível, principalmente, no que diz respeito ao trabalho diário, em que se faz necessário lidar com variados tipos de cenários, dentre eles, os meios de transportes que se mostram

sempre instáveis, acarretando variações do cumprimento de tarefas diárias e impossibilita sua ocorrência sempre nos mesmos horários sem algum tipo de variação, ainda que sejam em segundos. Nessa linha:

[...] não se pode presumir como regular aquele documento em que há jornadas absolutamente invariáveis porque a vida é muito mais rica do que se pode imaginar. E essa mesma riqueza não permite a ninguém, muito menos a um trabalhador, desenvolver durante anos a fio as mesmas atividades, nos mesmos horários, sem qualquer variação. Em um contrato de prestação continuada não é razoável acreditar que nunca houve um atraso no transporte público, um mal-estar, uma chuva inesperada, enfim, qualquer fato capaz de alterar o termo inicial ou final da jornada. (PAMPLONA FILHO; SOUZA, 2020, p. 809).

Contudo, o atual entendimento é de que, com a previsão legal da adoção do ponto por exceção, a Súmula nº 338 do TST deixa de ser aplicada nestes casos, uma vez que o empregador não será obrigado a apresentar cartões de ponto quando não houver exceções, no caso em que somente estas seriam anotadas (GARCIA, 2020, p. 847).

Na mesma linha, Carmo (2019, [p. ?]), ao tratar do ônus da prova no ponto por exceção, apesar de sua discordância, afirma que o ônus probatório recairá sobre o autor da ação. Devendo esse, demonstrar que a ausência de registro de labor extraordinário não representa sua real jornada. Todavia, o at. 74, §2º, da CLT aduz que para os estabelecimentos com mais de 20 trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, chega-se ao entendimento que o empregador deve juntar os controles de pontos por exceção. E nos casos em que o controle de ponto não demonstrar nenhuma exceção, ou apresentar exceções sem nenhuma variação, este se assemelhará ao controle de ponto britânico, sendo considerado inválido como meio de prova, conforme assevera Henrique Correia (2019, p. 673).

No mesmo entendimento, filia-se Glauco Bresciani Silva:

[...] caso a empresa reclamada adote o sistema de controle por exceção, diante de não juntada de nenhum controle, ou ausência de anotações de exceções durante todo o contrato de trabalho, entendemos que resta mantido o ônus da prova para a reclamada em comprovar a situação extraordinária de rígido cumprimento da jornada pelo trabalhador com horários uniformes de entrada e saída durante o contrato de trabalho. Deste modo acreditamos que deveria ser mantido o item III quanto a inversão no ônus da prova em relação a apresentação de controles de jornada britânicos, bem como deveria ser acrescido a hipótese de adoção de sistema de ponto por exceção sem a juntada de nenhum controle aos autos. (SILVA, 2019, [p. ?]).

Assim sendo, caso o empregador junte os controles de ponto com as exceções ocorridas na jornada laboral, estará se desincumbido do seu ônus probatório, desde que tais controles demonstrem além das exceções, as variações destas ao longo do contrato de trabalho.

Em outros termos, o empregador não poderá deixar de juntar o controle de pontos aos autos de uma Reclamação Trabalhista, mesmo que haja aderido ao controle de ponto por exceção devendo sempre juntar as exceções ocorridas.

Ademais, ao juntar as anotações excepcionais, essas não poderão demonstrar exceções uniformes ao longo do contrato de trabalho. A exemplo, uma hora extra todos os dias sem variações, pois se assemelham ao ponto britânico, tanto a ausência de exceções como as exceções com as mesmas anotações diárias.

Isto porque quando se permite ao empregador que não junte nenhum tipo de controle de jornada com base no controle por exceção e se reconheça a transferência do ônus da prova ao trabalhador, estar-se-á diante de um encargo desproporcional ao trabalhador. A dificuldade do obreiro de se desincumbir do mencionado encargo probatório, revela-se em um caso de obstáculo ao acesso à justiça, que dificultará ou impedirá o reconhecimento dos direitos da classe trabalhadora pelo Judiciário trabalhista (CARMO 2019, [p. ?]).

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, ao realizar julgamento acerca do ponto britânico, aplicou o disposto no inciso III da Súmula nº 338 do TST, e destacou a necessidade de compatibilização da jornada apresentada nos autos com o princípio da primazia da realidade.

HORAS EXTRAS. CARTÕES COM HORÁRIOS BRITÂNICOS. ÔNUS DA PROVA. PROVA TESTEMUNHAL HARMÔNICA AO INTERESSE DO POSTULANTE. ADEQUAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. Os cartões de ponto com registro britânicos dos horários de entrada e saída possuem pouca ou nenhuma carga probatória, consoante entendimento consolidado na Súmula nº 338 do TST. Havendo harmonia entre as outras provas colacionadas, mormente a testemunhal, é legítimo ao Juiz fixar uma jornada de trabalho média a fim de compatibilizá-la ao princípio da primazia da realidade. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TRT-16 00178690720145160004, Relator: JOSE EVANDRO DE SOUZA, Data de Publicação: 01/08/2019).

Demonstrando, portanto, a necessidade de averiguação do caso concreto para que seja apurado se deve ser aplicada a literalidade do dispositivo legal ou se deve haver a flexibilização de determinados comandos legais para que sejam apurados os fatos em consonância com a verdade real e alcançar um julgamento justo.

Diante do exposto, mesmo não havendo jurisprudência do TST sobre o ponto por exceção após a Lei nº 13.874/2019, mas considerando a inversão do ônus da prova trazida pelo artigo 6º, inc. VIII, do CDC, e permitida pelo art. 818 da CLT, bem como com embasamento no princípio protetor, na busca da verdade real e na primazia da realidade, entende-se que o

inciso III da Súmula nº 338 do TST, incide sobre o controle de ponto por exceção, quando o empregador não apresentar nenhum tipo de exceção anotada ou suas anotações não demonstrarem nenhum tipo de variação.

Destarte, invalida-se o controle de ponto por exceção, não por falta de previsão como antes ocorria, mas por falta de variações, que se considera inviável no contexto laboral. Nessa linha de entendimento, o ônus probatório que, inicialmente, pertence ao obreiro, passa a ser do empregador, que conte com mais de 20 empregados, devendo dele se desincumbir, sob pena de presumir-se verdadeira a jornada apresentada pelo trabalhador em sua peça exordial, nos termos do inciso III, da Súmula nº 338, do Tribunal Superior do Trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada dedicou-se à investigação do ônus da prova no controle de ponto por exceção, com base nas recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), que inseriu o §4º no art. 74, da CLT, buscando entender se é do empregado ou do empregador o referido encargo probatório.

Diante disso, verificou-se no primeiro capítulo que a limitação constitucional e o controle da jornada de trabalho são necessários para a proteção do trabalhador no que tange a sua saúde física e psicológica, haja vista que jornadas em escalas extensas tornam-se exaustivas, comprometendo seu rendimento, suas habilidades e aumentam os riscos de acidentes, além de privar-lhe do convívio social, essencial para uma vida saudável.

Ademais, compreendeu-se, no mencionado capítulo, que o limite e controle da jornada atinge diretamente a economia do país, tendo em vista que a ausência de controle enseja jornadas mais extensas de trabalho permitindo, portanto, que um mesmo trabalhador realize os serviços que caberia a outros, abrindo margem para uma resistência por parte dos empregadores em contratarem novos empregados, diminuindo, dessa forma, o número de empregados nas empresas, e, conseqüentemente, no país.

Por fim, concluiu-se que o controle de jornada de trabalho é essencial para aferir a real jornada do trabalhador, visto que sem o devido controle, restam comprometidas as fiscalizações por parte das autoridades competentes, bem como o acervo probatório em eventuais demandas no judiciário, necessário para a contraprestação justa do quantum trabalhado.

No segundo capítulo, compreendeu-se o instituto da distribuição do ônus da prova de modo geral, tal como sua aplicação no Processo do Trabalho, precipuamente, no tocante à jornada de trabalho.

Constatou-se que o ônus da prova se trata de um encargo às partes, no qual devem dele se desincumbir para consolidar e dar veracidade as suas alegações, que será determinante para o convencimento do magistrado e resolução da lide a favor de quem melhor convencê-lo com seu acervo probatório.

Outrossim, verificou-se a existência da distribuição do ônus probatório de forma estática, dinâmica e invertida, perpassando pelo conceito e aplicação de cada modalidade, deduzindo que todas se aplicam à jornada laboral em especial a inversão em favor do trabalhador frente a sua hipossuficiência e menor aptidão probatória, destacando a aplicação

combinada do art. 818, parágrafos 1º, 2º e 3º, da CLT, art. 373, parágrafos 1º e 2º, do CPC e art. 6º, VIII, do CDC, para tal finalidade.

Por fim, no terceiro capítulo, discutiu-se a jornada de trabalho no registro de ponto por exceção e o entendimento jurisprudencial do TST com o objetivo de entender a quem pertence o ônus probatório, se ao empregado ou ao empregador. Isto posto, conclui-se que a permissão legal contida no art. 74, §4º, da CLT, afeta o caráter protecionista da limitação da jornada e seu controle, pois se o trabalhador, parte hipossuficiente no processo, alegar que as exceções anotadas, ou a ausência delas, não correspondem à sua realidade, deverá provar suas alegações, caso contrário, por mera presunção de cumprimento, terá seus direitos negados por falta de provas.

Ocorre que, apesar da disposição legal autorizando o controle de ponto por exceção, deve-se valer de um entendimento sistemático ao aplicar uma norma, não podendo ser aplicada de forma isolada. Nessa linha, sabe-se que o Direito e Processo do Trabalho possuem um viés protecionista, em que o Processo do Trabalho é instrumento para satisfazer o Direito do Trabalho estando, portanto, diretamente interligados proporcionando um equilíbrio de igualdade e justiça na relação de trabalho.

Diante disso, a hipótese inicial da presente pesquisa, aduzindo que ônus da prova no controle de ponto por exceção com base no art. 74, §4º e art. 818, I, II, da CLT, cabe ao trabalhador, se confirmou. No entanto, paralela à essa afirmação, mesmo não havendo jurisprudência do TST sobre o ponto por exceção após a Lei nº 13.874/2019, entende-se que é obrigatório ao empregador, com base no art. 74, §2º da CLT, quando contar com mais de 20 empregados, juntar as anotações das exceções à jornada laboral pactuada, bem como suas variações ao longo do contrato de trabalho, haja vista que está-se diante de controle por exceção e não de ausência de controle.

Nessa linha de entendimento, em consonância com a inversão do ônus da prova trazida pelo artigo 6º, inciso VIII, do CDC e art. 818, §1º, da CLT, bem como embasado no princípio protetor, concluiu-se que o inciso III da Súmula nº 338, do TST incide sobre o controle de ponto por exceção quando não for apresentado nenhum tipo de exceção anotada ou suas anotações não demonstrarem nenhum tipo de variação, pois se considera controle de ponto britânico. Ante o exposto, o ônus probatório que inicialmente pertence ao obreiro passa a ser do empregador, que deve dele se desincumbir sob pena de presumir-se verdadeira a jornada apresentada pelo trabalhador em sua peça exordial, nos termos do inciso III, da Súmula nº 338, do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 3 abr. 2013. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2 jun. 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de

novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 18 de mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 30 abr. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 1.510, de 21 de agosto de 2009. Disciplina o registro eletrônico de ponto e a utilização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto - SREP. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria1510_2009.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 373, de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre a possibilidade de adoção pelos empregadores de sistemas alternativos de controle de jornada de trabalho e revoga a Portaria nº 1.120, de 8 de novembro de 1995. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 28 fev. 2011. Disponível em: https://www.normaslegais.com.br/legislacao/portariamte373_2011.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 1.120, de 8 de novembro de 1995. Dispõe sobre o controle da jornada de trabalho (Revogada pela Portaria MTE nº 373 de 2011). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 1998. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=216482>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 66. *In*: JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL, 1, 2007, Brasília, DF. **Enunciados**. Brasília, DF: TST/ANAMATRA, 2007. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/anamatra.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (16. Região). Acórdão nº 00178690720145160004. Relator: Jose Evandro De Souza, São Luís, julho de 2019. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, São Luís, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://www.trt16.jus.br/jurisprudencia/consulta-simplificada>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). Acórdão nº RR 380008220105170014. Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Brasília, DF, 8 de ago. de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). Acórdão nº RR: 11496320145080011. Relator: Delaíde Miranda Arantes, Brasília, DF, 10 de maio de 2017. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 19 maio 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Acórdão nº AIRR 4338520029020240. Relator: Min. Alberto Bresciani, Brasília, DF, 30 de maio de 2007. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 22 jun. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Acórdão nº AIRR 6769009720095120034. Relator: Guilherme A. C. Bastos, Brasília, DF, 2 de maio de 2012. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 11 maio 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). Acórdão nº ARR 869003520125210008. Relator: Maria de Assis Calsing, Brasília, DF, 27 de junho de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). Acórdão nº RR 8723020115040022. Relator: Min. João Oreste Dalazen, Brasília, DF, 16 de agosto de 2017. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 25 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). Acórdão nº RR: 10017045920165020076. Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, Brasília, DF, 27 de março de 2019. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). Acórdão nº RR: 20160220115030011. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, Brasília, DF, 10 de setembro de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 10 nov. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). Acórdão nº AIRR: 4411120135020077. Relator: Min. Antonio José de Barros Levenhagem, Brasília, DF, 7 de dezembro de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 16 dez. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). Acórdão nº AIRR: 10004433220185020709. Relator: Min. Evandro Pereira Valadão Lopes, Brasília, DF, 15 de abril de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 de maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). Acórdão nº RR: 120709420145030084. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Brasília, DF, 17 de junho de 2015. **Diário Eletrônico**

da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, 19 jun. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). Acórdão nº RR: 10004835620185020501. Relator: Min. Augusto José Roberto Freire Pimenta, Brasília, DF, 30 de setembro de 2019. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 03 out. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). Acórdão nº RR: 8850021.20045010011. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho, Brasília, DF, 1 de junho de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 10 jun. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). Acórdão nº RR: 7807120125150067. Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues, Brasília, DF, 7 de outubro de 2015. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 16 out. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8. Turma). Acórdão nº AIRR: 102215220115040541. Relator: Dora Maria da Costa, Brasília, DF, 4 de maio de 2019. Publicação: **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 4 maio 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRO: 2779520155170000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos – SDC. Redator: Min. Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF, 8 de abril de 2019. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 203, de 15 de março de 2016**. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília, DF: TST, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 212**. Despedimento. Ônus da prova (mantida) - Res. 121/2003. Brasília, DF: TST, 2003. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 338**. Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005. Brasília, DF: TST, 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 366**. Cartão de ponto. Registro. Horas extras. Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho (nova redação) - Res. 197/2015. Brasília, DF: TST, 2005. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-366. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 449**. Ação rescisória. Descontos legais. Fase de execução. Sentença exequiênda omissa. Inexistência de ofensa à coisa julgada (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 81 da SBDI-2) - Res. 137/2005. Brasília, DF: TST, 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-449. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 460**. Vale-transporte. Ônus da prova - Res. 209/2016. Brasília, DF: TST, 2016. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 90**. Horas “*in itinere*”. Tempo de serviço (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005. Brasília, DF: TST, 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90. Acesso em: 19 mar. 2020.

CARMO, Jéssica Lima Brasil. **Controle de ponto por exceção**: aspectos gerais e repercussão sobre o acesso à justiça pelo trabalhador. Rio de Janeiro: Laboratório UERJ, 2019. Disponível em: <https://uerjlabuta.com/2019/12/01/control-de-ponto-por-excecao-aspectos-gerais-e-repercussao-sobre-o-acesso-a-justica-pelo-trabalhador/>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. rev.e atual. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura; ALBUQUERQUE, Rdmilson Dias de. **Do registro de ponto por exceção**: violação a disposições protetivas. Brasília, DF: JusLaboris, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/130429>. Acesso em: 18 abr. 2020.

CORREIA, Henrique. **DIREITO DO TRABALHO PARA ANALISTA DO TRT, TST E MPU**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do trabalho**. 6 ed. rev., atual. e ampl. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento e procedimentos especiais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 2, 2020.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. **O ônus da prova no processo protetivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. Disponível em: <<http://www.ltr.com.br/loja/folheie/5689.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 2, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, v. Único, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro (coord.) **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna. **Processo do Trabalho**. 14. ed. rev., atual. e ampl. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**: de acordo com Novo CPC. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Glauco Bresciani. **Controle por exceção: ônus da prova: aplicação da Súmula 338 do C.TST (Lei 13.874/2019)**. São Paulo: Direito Teoria e Prática, 2019. Disponível em: <https://www.direitoteoriaepratica.com.br/post/controle-de-jornada-por-exce%C3%A7%C3%A3o-%C3%B4nus-da-prova-aplica%C3%A7%C3%A3o-da-s%C3%BAmula-338-do-c-tst-ap%C3%B3s-a-lei-13-874-2>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus. **CLT Comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.