

PUCSP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RAFAELA MENDES GERBI

CONTROLE DE JORNADA POR EXCEÇÃO:

**Considerações sobre a constitucionalidade do § 4º, do
artigo 74, da CLT.**

São Paulo

2022

RAFAELA MENDES GERBI

CONTROLE DE JORNADA POR EXCEÇÃO:

**Considerações sobre a constitucionalidade do § 4º, do
artigo 74, da CLT.**

**Artigo apresentado como requisito
parcial para obtenção do título de
Especialista no Curso de Direito do
Trabalho.**

Orientador (a):

Professora Doutora Cláudia José Abud.

São Paulo

2022

**CONTROLE DE JORNADA POR EXCEÇÃO:
Considerações sobre a constitucionalidade do § 4º, do
artigo 74, da CLT.**

Rafaela Mendes Gerbi*

Resumo: O limite da duração do trabalho consiste em um direito fundamental do trabalhador, enunciado dentre os direitos sociais elencados pela Constituição Federal de 1988. Para a máxima efetivação de tal direito é necessário que o legislador infraconstitucional estabeleça mecanismos idôneos de controle de jornada de trabalho. Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a analisar os mecanismos de controle de jornada albergados pelo ordenamento jurídico pátrio, sobretudo a constitucionalidade – ou inconstitucionalidade - do § 4º, do artigo 74, da CLT, introduzido pela Declaração de Direitos da Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019. Para tanto, foi analisado o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no processo C-55/18, e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, além da doutrina e do arcabouço de princípios que compõe o sistema jurídico brasileiro. Concluiu-se pela inconstitucionalidade do dispositivo celetista, por afronta ao inciso XIII, do artigo 7º, da CRFB/88 e por vilipêndio ao princípio da vedação ao retrocesso social. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Limitação da duração do trabalho. Ponto por exceção. Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Princípio da vedação ao retrocesso social.

Abstract: The limit of working time consists of a fundamental right of the worker, set out among the social rights listed by the Federal Constitution of 1988. For the maximum effectiveness of such right, it's necessary that the legislator establish suitable mechanisms to control working hours. In this sense, the present work proposes to analyze the working hours control mechanisms sheltered by the national legal system, especially the constitutionality - or unconstitutionality - of § 4, of article 74, of the CLT, introduced by the Declaration of Rights of Economic Freedom. Therefore, the judgment of the Court of Justice of the European Union, in case C-55/18, and the jurisprudence of the Superior Labor Court were analyzed, in addition to the doctrine and principles that make up the brazilian legal system. It was concluded that the CLT article is unconstitutional, as an affront to article 7, XIII, CRFB/88, and for affront of the principle of prohibition of social backwardness. The research is qualitative, eminently

bibliographic, using the hypothetical-deductive method.

Keywords: Limit of working. Registration by exception. Declaration of Rights of Economic Freedom. Principle of Prohibition of Social Backwardness.

1 INTRODUÇÃO.

A duração da jornada do trabalho consistiu em um dos primeiros direitos vindicados pelos trabalhadores, concretizada pela conquista histórica dos direitos de segunda geração, que no Brasil aconteceu com a Constituição de 1934. Todavia, foi apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) que os Direitos Sociais, dentre os quais os direitos do trabalhador, ganharam notável espaço no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, o artigo 7º, inciso XIII, da CRFB/88, delimita que a jornada de trabalho não deverá ultrapassar oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada coletiva. Todavia, a efetividade desse direito depende de mecanismos de controle dos horários de trabalho dos empregados, os quais são fixados pelo legislador infraconstitucional.

Assim, este artigo se propõe à análise da evolução do artigo 74, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) até a inclusão do § 4º, pela Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 – e a respectiva interpretação da norma pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A título de direito comparado, será examinado o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no processo C-55/18.

Através de tais premissas e, também pelo estudo da doutrina e dos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, pretende-se ponderar acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ponto por exceção.

2 CONTROLE DE JORNADA POR EXCEÇÃO.

2.1 Panorama histórico e importância da limitação da duração do trabalho.

A limitação da duração da jornada de trabalho consistiu em uma das primeiras reivindicações dos trabalhadores, juntamente com as restrições ao trabalho de crianças, adolescentes e mulheres, no contexto socioeconômico e político do século XIX, notadamente a partir da Revolução Industrial¹.

A consolidação desse direito ocorreu especialmente através da Constituição

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada. São Paulo: LTr, 2020, p.99.

Mexicana, em 1917, da Constituição de Weimar, em 1919, e da Constituição Brasileira, em 1934, e representa a segunda dimensão de direitos, isto é, direitos sociais que, como regra, demandam prestações positivas do Estado². Inclusive, na época, a primeira Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) versou justamente sobre o limite de horas de trabalho na indústria.

Isso porque a energia despendida pelo trabalhador é limitada e precisa ser renovada por meio de pausas, como forma de lhe assegurar integridade física e psíquica e, também, de resguardar importantes estruturas sociais, como o convívio familiar e religioso³.

Jornadas de trabalho extenuantes comprometem a saúde física do empregado, porquanto a fadiga intensa acelera o processo de envelhecimento e pode provocar a invalidez; além de ensejar danos psíquicos, dentre os quais se manifesta atualmente a síndrome do esgotamento profissional (classificada como CID-11, pela Organização Mundial da Saúde)⁴. Na realidade, trabalhadores descansados se concentram melhor em suas tarefas, o que não apenas favorece a produtividade, como evita acidentes do trabalho e reduz custos para o Sistema de Seguridade Social.

Maurício Godinho Delgado assevera que *“a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho”* (DELGADO, 2020, p. 1.045). Até mesmo os Estados Unidos da América, nação representativa do capitalismo, possui legislação federal que limita a duração do trabalho semanal em quarenta horas, com a vedação de compensação de horários e pagamento em dobro das horas extraordinárias inadimplidas, em espécie de dano

² Entrementes, Ingo Wolfgang Sarlet defende que vários dos direitos encapitulados no Título II, da Constituição Federal de 1988, não exercem a função precípua de direitos a prestações, mas sim impõem uma conduta omissiva e limitadora ao Estado e/ou ao particular, como no caso da limitação da duração da jornada de trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 3. p. 639-675. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad6adc50000018339546f0acac4dabb&docguid=Id2d69fc02d411e0baf30000855dd350&hitguid=Id2d69fc02d411e0baf30000855dd350&spos=3&epos=3&td=953&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 13 set. 2022.

³ COIMBRA, Rodrigo. **Fundamentos e Evolução Histórica dos Limites da Duração de Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho. vol. 158/2014. p. 117-141. São Paulo: Ed. RT, jul/ago. 2014. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad82d9a0000018322822d6441348829&docguid=I016202f022ab11e49e51010000000000&hitguid=I016202f022ab11e49e51010000000000&spos=20&epos=20&td=168&context=29&crumbaction=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em 09 set. 2022.

⁴ DUARTE< Daniele. **Burnout desafia empresas de todos os setores**. Valor Econômico, São Paulo, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/06/23/burnout-desafia-empresas-de-todos-os-setores.ghtml>. Acesso em: 09 set. 2022.

presumido⁵.

Já no que se refere ao Brasil, a Constituição Federal da República, de 1988 (CRFB/88), foi toda erigida em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado por grande parte da doutrina como o epicentro axiológico da ordem jurídica pátria. Nesse sentido, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa foram enunciados no inciso III, do artigo 1º, como fundamentos da república.

Entretanto, note-se que não é a livre iniciativa, pura e simples, que consiste em um fundamento República, mas os valores sociais que advêm dela, assim como os que advêm do trabalho humano. Nesse sentido:

*só se erigirão como coluna de nosso constructo socioinstitucional na exta medida em que realizarem, em suas concreções fenomênicas, não apenas interesses particulares, mas também reclamos mais amplos, de caráter coletivo*⁶.

Isso significa que o Estado deve adotar uma política econômica não recessiva, a fim de operacionalizar o direito ao trabalho - direito social insculpido no bojo do artigo 6º, da CRFB/88 – e a busca pelo pleno emprego, com o escopo de garantir uma existência digna, a teor do artigo 170, caput e inciso VIII. Todavia, nenhum desses valores deve se sobrepor ao outro, ao revés, devem caminhar lado a lado.

Assim, ao empregado, a CRFB/88 garantiu diversos direitos no Título II, dos Direitos Sociais, que integram indiscutivelmente o rol dos Direitos Fundamentais. Nesse contexto, insere-se a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos exatos termos do inciso XIII, do artigo 7º.

Consonantemente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sempre determinou o registro da jornada dos empregados, no artigo 74 e parágrafos: em um primeiro momento a determinação legislativa era para a anotação do horário de entrada, saída e intervalo, em empresas com mais de dez empregados. Com o passar do tempo, foi permitida a prenotação da pausa para a alimentação e descanso e a adoção de

⁵ BERNARDES, Felipe. **O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Juspodivum, 2021, p. 190.

⁶ MARANHÃO, Ney; FERREIRA, Vanessa Rocha; GARCIA, Anna Marcella Mendes. **Reforma Trabalhista e Declaração de Direitos da Liberdade Econômica: inversão axiológica contrastante com a Constituição Federal?**. Revista de Direito do Trabalho. vol. 213/2020. p. 199-223. São Paulo: Ed. RT, set/out. 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000183239817371a551dc9&docguid=lb2ee2bd0e68a11ea942094bb467fd237&hitguid=lb2ee2bd0e68a11ea942094bb467fd237&spos=2&epos=2&td=1189&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 09 set. 2022.

registros manual, mecânico ou eletrônico.

Após, a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017 -, introduziu o artigo 611-A na CLT para permitir que a negociação coletiva acordasse sobre a modalidade de registro de jornada, a teor do inciso X. No mesmo deslinde, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica alterou novamente a redação do artigo 74 e, dentre as modificações, o § 4º passou a permitir o registro de ponto por exceção, mediante acordo individual escrito ou norma coletiva, cujas implicações práticas e a constitucionalidade serão objeto de estudo mais aprofundado neste trabalho.

2.2 Cartão de ponto por exceção e o posicionamento adotado no acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia .

Recentemente o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi instado a se manifestar acerca de lide coletiva apresentada pela Audiência Nacional da Espanha: a Confederação Sindical de Comissões de Obreiros apresentou demanda contra o Deutsche Bank SAE, a fim de vindicar que o empregador adotasse um sistema para registrar as horas de trabalho diárias dos obreiros.

A Confederação alega que somente desta forma é possível verificar o cumprimento da jornada contratada e da obrigação de comunicar os representantes sindicais acerca das horas extras realizadas mensalmente pelos trabalhadores. Já o banco argumenta que a legislação espanhola não exige o registro da jornada ordinária de trabalho, na medida em que o Estatuto dos Trabalhadores determina, como regra, a documentação apenas das horas extraordinárias para a comunicação ao ente sindical. Com efeito, o artigo 35 do Estatuto define que para fins de cálculos de horas extraordinárias, o tempo de cada trabalhador deve ser registrado diariamente, totalizado quando do pagamento da remuneração, sendo entregue uma cópia do calendário de horas juntamente com o contracheque, com o escopo de facilitar o cotejo pelo empregado.

Nesse diapasão, a Audiência Nacional espanhola entendeu que sempre que o legislador espanhol pretendeu impor um registro de tempo do trabalho ordinário prestado, o fez expressamente; que a anotação dos horários de entrada, saída e intervalos dos empregados implica o tratamento de dados pessoais, o que pode ensejar ingerência do empregador na vida privada dos obreiros.

No âmbito processual, a Corte espanhola asseverou que não é possível presumir a prestação de horas extras quando não há registro de jornada ordinária, mas é desfavorável à entidade patronal que não tenha procedido este registro se o empregado provar, por outros meios de prova, o sobrelabor.

Ainda assim, a questão foi submetida ao TJUE, o qual consignou que a Diretiva 2003/88 ressaltou que a melhoria da segurança, higiene e saúde do trabalho constitui um objetivo que não se submete a interesses puramente econômicos. Tal diploma estatuiu normas sobre a duração do trabalho para os países que compõe a União Europeia, sendo que o artigo 22 dispõe que a entidade patronal deve manter registros atualizados das horas de trabalho, os quais devem permanecer à disposição das autoridades competentes.

O acórdão do TJUE assentou que, de fato, a Diretiva 2003/88 conferiu discricionariedade aos Estados-membros para definirem como serão asseguradas as normas de duração máxima de trabalho semanal e os períodos mínimos de descanso. Contudo, as medidas adotadas não podem ser suscetíveis de esvaziar a substância dos direitos consagrados no diploma.

Além disso, consignou o Tribunal que o obreiro é a parte mais fraca da relação jurídica de trabalho, razão pela qual a falta de um sistema fidedigno para a apuração das horas de trabalho torna impossível a efetividade dos direitos que lhes foram conferidos. A Corte tornou clara a posição de que a obrigação de registrar unicamente as horas extras não se presta ao fim pretendido pela Diretiva 2003/88, tampouco resguarda os trabalhadores e que outros meios de prova não possuem a mesma confiabilidade, notadamente a prova testemunhal, a qual pode ser contaminada pelo medo de retaliações, como a perda do emprego⁷.

As conclusões do TJUE foram corretas e se revelam coerentes com as normas que prevêm a saúde, higiene e segurança dos trabalhadores, bem como que com a realidade da prática laboral. Prefacialmente, esse também era o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual, no entanto, foi alterado pelas modificações introduzidas pela Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, e, sobretudo, pela Lei 13.874/2019, conhecida como a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, analisadas adiante.

2.3 Cartão de ponto por exceção na legislação pátria e o posicionamento do

⁷ DAMILANO, Cláudio Teixeira. STRÜMER, Gilberto. **O Cartão ponto por exceção: comentário crítico do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) – Processo C-55/18 – A reforma trabalhista no Brasil que causou alteração de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho e a Lei de Liberdade Econômica.** Revista de Direito do Trabalho. vol. 219/2021. p. 75-90. São Paulo: Ed. RT, set/out. 2021. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc6000001832446e4dfd72c441d&docguid=I08407c40ebf911ebb289ffe5c2037f16&hitguid=I08407c40ebf911ebb289ffe5c2037f16&spos=1&epos=1&td=1&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 09 set. 2022.

Tribunal Superior do Trabalho.

Consoante preliminarmente explicitado, a redação original do § 2º, do artigo 74, determinava a anotação do horário de entrada e de saída dos empregados, sendo obrigatória a assinalação do intervalo e, após, permitida a pré-assinalação, a partir da Lei 7.855/1989. Nesse sentido, a fim de dar cumprimento a duração do trabalho constitucionalmente estipulada, a CLT exigia o registro real do começo e do final da jornada.

A jurisprudência do TST, então, entendia que o cartão de ponto por exceção não era admitido pelo ordenamento jurídico, nem mesmo se avençado por norma coletiva. Isso porque a autonomia da vontade de coletiva, muito embora prestigiada pelo inciso XXVI, do artigo 7º, da CRFB/88, somente poderia versar sobre direitos disponíveis dos trabalhadores e em acordos com condão de aumentar o padrão de direitos que já previsto pela legislação⁸.

Os fundamentos jurisprudenciais, em suma, eram os seguintes: (i) o artigo 74, § 2º, da CLT representava preceito de fiscalização do trabalho e, portanto, norma de ordem pública infensa à negociação coletiva⁹; (ii) o dispositivo celetista em referência consiste em direito absolutamente indisponível pelo trabalhador, que não pode ser objeto da autonomia coletiva¹⁰; (iii) a Sessão de Dissídios Coletivos (SDC), do TST, firmou entendimento de que o registro de ponto por exceção se equiparava à anotação britânica, vedada pela Súmula 338, daquela Corte¹¹; (iv) o controle de ponto por

⁸ Consoante o princípio da adequação setorial negociada, defendido pelo Excelentíssimo Min. Maurício Godinho Delgado. Para maior aprofundamento: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada. São Paulo: LTr, 2020, p.1.606.

⁹ HORAS EXTRAS. DISPENSA DO REGISTRO DA JORNADA. MODALIDADE DE CONTROLE 'POR EXCEÇÃO'. NORMA COLETIVA. O art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República não atribui validade a toda e qualquer cláusula negocial, mas tão somente àquelas firmadas em harmonia com as demais normas do ordenamento jurídico. Na hipótese, a obrigatoriedade de o empregador registrar o horário de entrada e de saída de seus empregados está contida no art. 74, § 2º, da CLT e, por representar preceito inerente à fiscalização do trabalho por parte do Estado, constitui norma de ordem pública infensa à negociação coletiva. (...) (RR-15500-68.2008.5.01.0036, 5ª Turma, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 13/9/2013).

¹⁰ RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. HORAS EXTRAS. NORMA COLETIVA. SISTEMA ALTERNATIVO DE CONTROLE DE JORNADA. CONTROLE DE PONTO "POR EXCEÇÃO". INVALIDADE. Consoante o item III da Súmula 338 do TST, "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". Da mesma forma, não há como ser reconhecida a validade de registros de cartões de ponto "por exceção", mesmo que autorizada por norma coletiva regularmente celebrada, porquanto o legislador constituinte, ao prever o reconhecimento das negociações coletivas (CF, art. 7º, XXVI), não chancelou a possibilidade de excluir direito indisponível dos trabalhadores por meio dessa modalidade de pactuação. Assim, esta Corte tem adotado o entendimento de ser nula cláusula de acordo coletivo que suprime direitos ou impede seu exercício, como o estabelecido no artigo 74, § 2º, da CLT. Dessa forma, considera-se inválida a cláusula coletiva que estipula controle de ponto "por exceção", por atentar contra as normas de fiscalização da jornada laboral. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 6103720155120016, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 27/03/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019)

¹¹ CONTROLE DE HORÁRIO E JORNADA DE TRABALHO. NULIDADE PARCIAL. CONTROLE DE

exceção dificultava a garantia de direitos do empregado, como a escorreita remuneração pelo sobrelabor¹² e, por fim; (v) que essa forma de controle da jornada implica flexibilização contrária às normas de proteção à saúde e à segurança do empregado¹³.

Porém, com o advento da Lei 13.467/2017, a denominada reforma trabalhista, foi inserido na CLT o artigo 611-A, cujo inciso X prevê a licitude da norma coletiva que dispõe sobre a modalidade do registro da jornada. Além disso, o parágrafo único do artigo 611-B aduz que as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e, destarte, podem ser objeto de negociação coletiva.

Nesse ponto, importa ponderar brevemente que o parágrafo único do artigo 611-B, em apreço, se revela flagrante e indiscutivelmente inconstitucional, pois, conforme ponderado nas linhas anteriores, a duração do trabalho guarda intrínseca relação com a garantia da integridade física e psíquica dos trabalhadores, sendo possível sustentar a afronta aos artigos 6º, 7º, inciso XXII, 194, 196, 197 e 200, da CRFB/88¹⁴.

FREQUÊNCIA/JORNADA POR EXCEÇÃO. Esta Seção Especializada tem decidido pela invalidade de cláusulas que autorizam o registro apenas das exceções da jornada de trabalho, sem a exigida anotação da entrada e da saída, por violação do art. 74, § 2º, da CLT. Entende a SDC que, nessas hipóteses, 'o sistema de controle de exceção assemelha-se, ao menos em efeito, à marcação automática do ponto, pois, se nada for registrado, prevalece a jornada normal e integral do empregado, pré-fixada, o que não se admite' (RO-21609-52.2013.5.04.0000, Relª Minª Maria de Assis Calsing, DEJT de 14/11/2014). Assim, mantém-se a decisão regional que declarou a nulidade parcial da cláusula 28 - CONTROLE DE HORÁRIO E JORNADA DE TRABALHO, na parte em que autoriza a marcação de ponto 'por exceção' e nega-se provimento ao recurso. Recurso ordinário conhecido e não provido" (RO - 21133-77.2014.5.04.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, in DEJT 25.9.2015).

¹² AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. RECLAMADA. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE PONTO "POR EXCEÇÃO". INVALIDADE. 1 - Preenchidos os pressupostos previstos no art. 896, § 1º-A da CLT. 2 - No caso dos autos o Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada reconhecendo a invalidade dos cartões de pontos "por exceção" trazidos aos autos pela recorrente. O regime de marcação de ponto por exceção, previsto em norma coletiva, consistia no registro apenas das exceções da jornada normal de trabalho, como por exemplo, "faltas, atrasos e sobrejornada, presumindo-se o cumprimento integral da jornada de trabalho contratual e/ou convencionada na ausência de qualquer registro". 3 - Para o TRT "o sistema de marcação do cartão-ponto"por exceção"é irregular, porquanto não é atribuída à negociação coletiva a normatização contra legem a fim de dificultar ou, até mesmo, impossibilitar a garantia a direitos mínimos do trabalhador, como a remuneração pelo labor em sobrejornada, na medida em que, nesse sistema, não é possível aferir, inequivocamente, os horários de entrada e de saída do empregado no trabalho, mas somente por presunção, não sendo essa, segundo entendo, a finalidade da Portaria 1.120/95 do MTE". 4 - A decisão do Regional encontra-se em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência dessa Corte Superior. Precedentes. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-38-60.2013.5.04.0732, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 18/9/2015)

¹³ RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 . HORAS EXTRAS. NORMA COLETIVA. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. INVALIDADE. Não é válida a norma coletiva que estabelece registro de ponto por exceção, porque constitui flexibilização contrária às normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 7211820155030098, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 07/12/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/12/2016)

¹⁴ Inclusive, a declaração acerca da inconstitucionalidade do artigo 611-B, da CLT, já é pronunciada pelo controle difuso, como no caso do seguinte acórdão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: RECURSO DA REQUERENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 611-B, PARÁGRAFO ÚNICO,

Ainda assim, a Lei 13.874/2019, denominada de Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, restringiu a efetividade do controle da jornada de trabalho ao introduzir o § 4º ao artigo 74, da CLT, que passou a permitir o registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Diante do novo cenário legislativo, os argumentos jurisprudenciais que não consideravam o controle de ponto por exceção como legítimo objeto de negociação coletiva perderam força. De qualquer forma, os julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) ainda são tímidos ao se pronunciarem acerca da constitucionalidade – ou inconstitucionalidade – do § 4º, do artigo 74, da CLT, posto que grande parte dos casos concretos se referem a relações jurídicas anteriores à Lei 13.874/2019 ou, então, os controles de ponto por exceção são desconstituídos por outros meios de prova¹⁵.

Portanto, ainda está aberto o debate acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ponto por exceção quando confrontado com o bloco de constitucionalidade brasileiro.

2.4 Constitucionalidade – ou inconstitucionalidade - do cartão de ponto por exceção.

Historicamente, a evolução do Estado Democrático de Direito concretizou os direitos de primeira dimensão, considerados aqueles que impõem uma limitação ao poder do Estado, um dever de abstenção, uma prestação negativa. Consistem em direitos

DA CLT. A concessão do intervalo intrajornada visa a evitar prejuízo da saúde física e mental do trabalhador, não havendo dúvidas de que tal intervalo constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho. É sabido que um empregado cansado está mais suscetível a se envolver em acidentes do trabalho, e assim, o gozo do intervalo é preponderante para a segurança de todos no ambiente laboral. Provimto negado.

(TRT-4 - ROT: 00204513720185040662, Data de Julgamento: 28/02/2020, 8ª Turma)

¹⁵ EMENTA. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES DA INICIAL. A Lei 13.467/2017 alterou o art. 840 da CLT e introduziu a exigência de que constasse o pedido, que deve ser certo, determinado e com indicação do seu valor. Nestes termos, não se trata apenas de indicação de estimativa, mas de valor certo, assim como deve ser o próprio pedido. Correta a sentença, portanto, ao limitar a condenação aos valores indicados na inicial.

(...)

O ACT 2017/2018 id 5066554 sequer vigorou durante o período contratual, e a nova redação do art. 74, § 4º, da CLT somente entrou em vigor em 20/09/2019, ou seja, da admissão até 19/09/2019 a utilização do controle de ponto por exceção não encontra respaldo.

Após 20/09/2019, de fato, deve ser afastada a validade dos controles de ponto porque a testemunha do reclamante disse "3) que recebiam os espelhos de ponto no final do mês, para assinar, mas não dava tempo de conferir" (id 1f49b40). Conquanto mera ausência de assinatura não tenha o condão de infirmar os controles de ponto (Súmula 50 deste E. TRT), é certo que, na hipótese dos autos, a testemunha é taxativa em afirmar que assinavam os controles, não tendo o seu depoimento, a propósito, excepcionado nem mesmo o período da pandemia, pelo que o fato de os documentos não possuírem assinatura aponta para a manipulação dos mesmos pela ré.

TRT-2 10000905820215020071 SP, Relator: SONIA MARIA FORSTER DO AMARAL, 2ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 12/07/2022.

relacionados às liberdades individuais, como o direito à vida e à propriedade.

Após, surguma segunda dimensão de direitos, os quais passaram a exigir do Estado prestações positivas. Nesse sentido, a CRFB/88 elencou tais direitos, que encontraram no ordenamento jurídico pátrio um espaço sem precedentes, notadamente porque os Direitos Sociais, constantes no Título II da Carta, foram incontestavelmente considerados como Direitos Fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da CRFB/88).

Ocorre que nem todos os Direitos Sociais são realmente prestacionais: Ingo Wolfgang Sarlet assevera que muitos dos direitos constantes entre os artigos 6º e 11º, da CRFB, na realidade, representam limitações ao poder do Estado e/ou do particular¹⁶. É justamente o caso da duração da jornada de trabalho, em que o legislador constituinte estipulou, de fato, uma limitação ao poder diretivo do empregador, a teor do inciso XIII, do artigo 7º.

Isso porque a relação de trabalho é marcada pela assimetria, na qual o tomador de serviços ocupa posto de maior poder, sujeitando o obreiro, hipossuficiente¹⁷. Entretanto, independentemente da natureza prestacional ou negativa, fato é que a efetividade do conteúdo enunciado pelo inciso XIII, do artigo 7º, da CRFB/88, depende de mecanismos estabelecidos pela legislação infraconstitucional¹⁸.

Com efeito, aqueles que defendem a constitucionalidade do § 4º, do artigo 74, da CLT, sustentam que a Constituição apenas limitou a duração da jornada de trabalho, sem estabelecer a forma como o empregador deve controlar os horários de entrada, saída e intervalos dos seus empregados¹⁹. Entretanto, *data maxima venia*, essa interpretação puramente literal acarreta a eliminação “*da matriz humanista e social da Constituição da República...tudo em favor de uma interpretação favorável ao poder*

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 3. p. 639-675. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad6adc50000018339546f0acac4dabb&docguid=Id2d69fc02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id2d69fc02d4111e0baf30000855dd350&spos=3&epos=3&td=953&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 13 set. 2022.

¹⁷ Inclusive, por tal razão o ordenamento justtrabalhista se funda, de modo precípua, no princípio da proteção. Para maior aprofundamento: DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁸ Oportuno relembrar que a eficácia da norma jurídica é a potencialidade de gerar efeitos jurídicos, ao passo em que a efetividade ou aplicabilidade consistem na realizabilidade do conteúdo da norma. Para maior aprofundamento, consulta: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 361 e 1.165-1.166.

¹⁹ SILVA, Bruno Freire; BERNARDES, Felipe. **Controle de jornada de trabalho: registro de ponto por exceção e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista TST. vol. 86/2020, p. 27-43, jan/mar. 2020. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/175691/2020_silva_bruno_controle_jornada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 set. 2022.

econômico na seara das relações sociais trabalhistas presentes no país” (DELGADO, 2020, p. 164) e, consoante fundamentado alhures, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa não podem se sobrepor, mas somente se complementar.

Evidentemente que, em certas circunstâncias, a flexibilização de normas constitucionais se revela necessária para assegurar a própria dinâmica de proteção do trabalhador, como nos casos em que a saúde da empresa se encontra comprometida e a manutenção rígida das regras pode ensejar uma dispensa coletiva, por exemplo. E é nesse sentido que os valores sociais do trabalho caminham junto com os da livre iniciativa, em momentos nos quais a flexibilização ocorre sem vilipendiar a dignidade do empregado e sem configurar retrocesso social.

A CRFB alberga implicitamente o princípio da vedação ao retrocesso social, que consiste em *“um mecanismo de inibir a atuação do legislador e diante dos atos administrativos que, de maneira direta ou indireta, suprima, condicione ou, de alguma forma, atenuem os direitos sociais conquistados e constitucionalizados em 1988”*²⁰. Este princípio se infere também da segurança jurídica, enunciada no preâmbulo da Carta Constitucional, e da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Nesse deslinde, cumpre rememorar que, em outros casos dos mais diversos ramos do ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a interpretação da legislação infraconstitucional deve conferir máxima efetividade aos direitos constitucionais²¹. Todavia, o registro de apenas as excepcionalidades da

²⁰ MELO, Maria Wanessa Bandeira de Albuquerque. O princípio da proibição do retrocesso social como limite à desregulamentação e flexibilização dos direitos fundamentais sociais do trabalho. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 131. ano 30. p. 171-187. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9465>>. Acesso em: 13 set. 2022.

²¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. DIREITO CONSTITUCIONAL. AL. G DO INC. VII DO ART. 1º E DO ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 1.199/2013. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AUMENTO DE DESPESA. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. CÔMPUTO DE LICENÇA À GESTANTE EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. MÁXIMA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis dispendo sobre as matérias previstas nas als. a e c do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas por emendas parlamentares (inc. I do art. 63 da Constituição da República). 2. É inconstitucional emenda parlamentar que gere aumento de despesas a projeto de lei que compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo estadual. 3. O disposto no art. 41 da Constituição da República, pelo qual se estabelece que a obtenção da estabilidade no serviço público ocorre após três anos de efetivo exercício, deve ser interpretado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade de gênero, proteção à maternidade, dignidade da mulher e planejamento familiar. 4. É constitucional o cômputo do período de licença à gestante no período do estágio probatório da servidora pública pelo imperativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais. 5. Ação direta conhecida e julgada parcialmente inconstitucional o disposto na al. g do inc. VII do art. 1º da Lei Complementar paulista n. 1.199/2013, na parte em que incluiu o recebimento da gratificação “pro labore” aos Agentes de Rendas Fiscais quando do “exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal e nos termos da Lei Complementar n. 343, de 6.1.1984”. (STF - ADI: 5220 SP, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 15/03/2021, Tribunal Pleno, Data

jornada de trabalho, nos termos do § 4º, do artigo 74, da CLT, não apenas deixa de conferir máxima efetividade ao inciso XIII, do artigo 7º, da CRFB/88, como esvazia a sua substância, pois não permite o cômputo preciso da jornada de trabalho, conclusão igualmente adotada pelo TJUE.

O ponto por exceção, autorizado pelo § 4º, do artigo 74, da CLT, torna inefetiva a limitação da jornada; não atende nenhuma finalidade legítima da ordem econômica - pois a saúde da empresa ou a manutenção dos empregos não depende diretamente da forma de controle da jornada - e, portanto, não prestigia o princípio da proporcionalidade. Ora, a única forma de se sustentar que o ponto por exceção reduz os custos do empregador é supor que não haverá o correto pagamento das horas laboradas, o que seria o mesmo que admitir conduta ilegal.

Nem sequer é possível sustentar que o § 4º em referência supre necessidade de adaptação da legislação ao mercado de trabalho contemporâneo, visto que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, nos moldes do parágrafo único do artigo 6º, da CLT.

Ou seja, o avanço tecnológico permite o controle de jornada de forma fidedigna, simples e desburocratizada, o que reforça a total desnecessidade da implementação do ponto por exceção. Como visto, até mesmo o TJUE, cuja jurisdição abarca países muito mais desenvolvidos do ponto de vista socioeconômico e com dinâmica social diversa da brasileira, rechaçou o controle de ponto por exceção.

Destarte, conclui-se que a adoção do ponto por exceção, autorizado pelo § 4º, do artigo 74, da CLT, é manifestamente inconstitucional, por esvaziar o conteúdo e negar a máxima efetividade ao artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, bem como por malferir o princípio da vedação ao retrocesso social, que visa resguardar os direitos que os trabalhadores conquistaram gradual e lentamente, em um processo histórico.

3 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 dedicou um Título, dentre os Direitos Fundamentais, para os Direitos Sociais, dentre os quais se inserem os direitos do Trabalhador. Nesse contexto, o artigo 7º, inciso XIII, da Carta em referência constitui verdadeira limitação ao poder diretivo do empregador, por estabelecer a duração máxima da jornada de trabalho.

Muito embora inexistam direitos absolutos na ordem jurídica pátria, certo que é que a

flexibilização dos direitos trabalhistas somente deve ser permitida para salvaguardar a saúde da empresa e, assim, manter os postos de trabalho, tudo sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, corolário da CRFB/88.

Necessário, para tanto, preservar o núcleo essencial do direito, a sua máxima efetividade, ponderar, com supedâneo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sobre verdadeira necessidade de flexibilizar o direito social, a fim de prestigiar outro direito constitucionalmente assegurado.

No caso da duração da jornada de trabalho, a limitação constitucional sempre foi efetivada mediante o controle de jornada estabelecido pelo artigo 74, da CLT, que determinava a anotação dos horários de entrada, saída e intervalo. Nesse contexto, a jurisprudência do C. TST não permitia a adoção de ponto por exceção, por considerar que a norma de duração do trabalho era de ordem pública e visava assegurar a saúde e segurança no trabalho, sendo proibida à negociação coletiva.

Lado outro, após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, o direito de limitação da jornada foi flexibilizado pela possibilidade de a norma coletiva versar sobre a modalidade de registro, consoante inciso X, do artigo 611-A. Na mesma esteira, o artigo 611-B, passou a considerar que as normas sobre duração do trabalho não são atinentes à saúde, segurança e higiene do empregado.

Ainda, no mesmo contexto flexibilizatório, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 – introduziu o § 4º ao artigo 74, do diploma celetista, o qual passou a permitir expressamente a adoção do ponto por exceção. A jurisprudência, no entanto, ainda não firmou uma posição sólida a respeito da aplicação ou da constitucionalidade desse dispositivo.

Assim, com o condão manter a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, compete aos operadores do direito analisar a celeuma. Para fins comparativos, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou a efetividade das normas que estipulam a duração do trabalho depende de um sistema confiável de apuração das horas extras, o que não ocorre quando somente as excepcionalidades são anotadas.

Com maior razão. O fato de a CRFB/88 não ter determinado a forma como o registro da duração da jornada deve ser feito não significa que o legislador infraconstitucional pode optar por uma forma que esvazie o conteúdo do direito constitucional. É dizer: para a máxima efetivação do direito fundamental da limitação da jornada se faz necessária a anotação dos horários de entrada e saída dos empregados, de forma manual, mecânica ou eletrônica.

Ademais, o dispositivo celetista viola o princípio da vedação ao retrocesso social, pois

consiste em flexibilização de direito fundamental que não é estritamente necessária para a efetivação dos valores da livre iniciativa ou de outros direitos previstos na ordem econômica e, portanto, não prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ante o exposto, conclui-se que o § 4º, do artigo 74, da CLT, padece de inconstitucionalidade material por violação aos artigos 1º, inciso III, 7º, inciso XIII, da CRFB/88 e, também, por afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social. Não é demais ressaltar, uma última vez, que para a evolução do Estado Democrático e Social de Direito a dignidade humana e os direitos do trabalhador devem coexistir com a livre iniciativa e as pretensões do capital, sem sobreposições.

REFERÊNCIAS

- BERNARDES, Felipe. **O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Juspodivum, 2021.
- BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.
- COIMBRA, Rodrigo. Fundamentos e Evolução Histórica dos Limites da Duração de Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 158/2014. p. 117-141. São Paulo: Ed. RT, jul/ago. 2014.
- DAMILANO, Cláudio Teixeira. STRÜMER, Gilberto. O Cartão ponto por exceção: comentário crítico do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) – Processo C-55/18 – A reforma trabalhista no Brasil que causou alteração de posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho e a Lei de Liberdade Econômica. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 219/2021. p. 75-90. São Paulo: Ed. RT, set/out. 2021.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada. São Paulo: LTr, 2020.
- DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015.
- FREITAS, Cláudio; DINIZ, Amanda. **CLT Comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MARANHÃO, Ney; FERREIRA, Vanessa Rocha; GARCIA, Anna Marcella Mendes. Reforma Trabalhista e Declaração de Direitos da Liberdade Econômica: inversão axiológica contrastante com a Constituição Federal?. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 213/2020. p. 199-223. São Paulo: Ed. RT, set/out. 2020.
- MIZIARA, Raphael; LENZA, Breno (org.). **Jurisprudência trabalhista**: principais decisões do TST, STJ e STJ organizadas por assunto. Salvador: Juspodivum, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 3. p. 639-675. São Paulo: Ed. RT, ago. 2011.
- SILVA, Bruno Freire; BERNARDES, Felipe. Controle de jornada de trabalho: registro de ponto por exceção e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista TST**. vol. 86/2020, p. 27-43, jan/mar. 2020.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

* Pós graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Servidora pública no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. rafaela.gerbi@trt2.jus.br.