



PROCESSO Nº TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

A C Ó R D ã O
7ª Turma
GMRLP/jwa/lp

RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. HORAS EXTRAS - CONFISSÃO RECÍPROCA - EFEITOS. (violação do artigo 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Súmula nº 338, I, do TST e divergência jurisprudencial). Na questão de fundo, a partir do quadro fático delineado pelo TRT, constata-se que o caso é de confissão recíproca no tocante às horas extras. Isso porque o reclamante não compareceu à audiência instrutória e a reclamada não apresentou controles de ponto aptos a elidir a presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho. Com efeito, a pena de confissão ficta aplicada ao autor da reclamação não afasta a presunção de veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, quando a empresa, injustificadamente, não apresenta os controles de frequência, cuja obrigação encontra-se expressa no artigo 74, §2º, da CLT. Isso porque, nos termos dos artigos 336, 344 e 434 do CPC/2015, aplicáveis ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT, cabe à parte ré, na primeira oportunidade de defesa, instruir a contestação com todos os documentos que julgar necessários para a prova de suas alegações, sob pena de preclusão. Nessa esteira, se a reclamada, em momento processual anterior, não se desvencilhou do seu ônus de comprovar a inexistência de horas extras em favor do autor, a pena de confissão aplicada ao reclamante é insuficiente para elidir a presunção de veracidade da jornada referida na petição inicial. Assim, o encargo probatório referente ao pleito de horas extras subsiste com a reclamada, que,



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

diante do não cumprimento da obrigação legal de apresentar os devidos registros de horário do autor e da ausência de elementos que comprovem as suas alegações de defesa, submete-se aos efeitos decorrentes da presunção relativa de veracidade da jornada declinada na inicial. Por consequência, prevalece como verdadeira a jornada de trabalho indicada na exordial, que, *in casu*, não foi infirmada por prova em sentido contrário, fazendo o reclamante jus às horas extras em conformidade com o quanto alegado na reclamação, nos moldes da Súmula n° 338, I, do TST. Precedentes, inclusive da SBDI-1/TST e da 7ª Turma. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-234-38.2014.5.01.0551**, em que é Recorrente **FLÁVIO ROGÉRIO BARBOSA** e Recorrida **USICALMEC USINAGEM E CALDEIRARIA LTDA.**

O reclamante interpõe recurso de revista, pelas razões de fls. 190/197, do seq. 1. Postula a reforma do julgado em relação ao tema "**horas extras - confissão recíproca - efeitos**", por violação do artigo 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Súmula n° 338, I, do TST e divergência jurisprudencial.

Despacho de admissibilidade - seq. 1, fls. 201/203.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Dispensada a manifestação da d. Procuradoria-Geral, nos termos do artigo 95 do RITST.

É o relatório.

V O T O

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade (tempestividade, representação regular e dispensado o preparo), passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista.

HORAS EXTRAS - CONFISSÃO RECÍPROCA - EFEITOS.

CONHECIMENTO

O recorrente alega que, "independentemente da aplicação da confissão ao autor, inconteste a pré-existência do dever legal da empregadora de apresentar os controles de jornada de trabalho, na forma do art.74, § 2º, da CLT, é indiscutível que deve incidir o entendimento Súmula 338, I, do TST". Aponta violação do artigo 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Súmula nº 338, I, do TST e divergência jurisprudencial.

Oportuno transcrever o trecho do acórdão impugnado nas razões do recurso de revista:

DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS. DA CONFISSAO FICTA DO RECLAMANTE

(...)

O Juízo de origem julgou improcedente o pedido, em razão da confissão ficta em que incorreu o reclamante, aliada à "prova pré-constituída, então apresentada pela ré, a qual noticia o pagamento de horas extras" (fl. 69v).

Inconformado, o reclamante recorre. Alega que o labor extraordinário descaracteriza o acordo de compensação; que a reclamada não trouxe aos autos os cartões de ponto do reclamante.

A ausência da parte à audiência em que deveria depor sobre os fatos importa na presunção da veracidade da matéria de fato que a ex adversa pretendia provar. Em outras palavras, o não comparecimento à audiência de prosseguimento implica na aplicação da confissão, o que a doutrina e jurisprudência denominam ficta confissão. Isto porque o objetivo do depoimento pessoal é esclarecer o Juiz acerca dos fatos da demanda e, concomitantemente, possibilitar à outra parte extrair a confissão real. Vale destacar, para se avaliar a importância dos depoimentos das partes, que as declarações prestadas em Juízo superam as afirmações tecidas na petição inicial e na defesa em prejuízo da parte que depõe. Trata-se de aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Ausente o reclamante à audiência de prosseguimento em que deveria depor, embora regularmente intimado e cientificado dos efeitos decorrentes da sua ausência (ata, fl. 66), ele é considerado fictamente confesso quanto aos fatos articulados na defesa, na forma do art. 385, § 1º, do CPC.

Nesse sentido, são os termos das Súmulas nº 9 e 74 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

(...)

Nos presentes autos, a confissão ficta do reclamante não foi elidida por qualquer outra prova.



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

A primeira reclamada, em defesa, impugnou os horários lançados na inicial, afirmando que o autor laborava de segunda a quinta-feira, de 7h às 17h, e às sextas, de 7h às 16h, com uma hora de intervalo intrajornada; que houve labor apenas em um sábado, não extrapolando a jornada semanal de 44 (quarenta e quatro) horas; que o labor extraordinário foi quitado com os adicionais de 50% e 70% (cinquenta e setenta por cento); que o autor laborou apenas no feriado de 20 de novembro, que foi devidamente pago com o respectivo adicional.

No caso dos autos, a discussão sobre a jornada de trabalho é matéria de fato e não de direito. Por isto, perfeitamente abrangida pela ficta confissão. Constato, ainda, que não há nos autos qualquer prova pré-constituída em favor do recorrente que possa favorecer as teses ventiladas na inicial, tornando inaplicável o item II da súmula 74 do Colendo TST.

Aliás, a prova constante dos autos (recibo de fl. 38) comprova o pagamento de: 02 (duas) horas extraordinárias com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento); 05 (cinco) horas extraordinárias com o adicional de 70% (setenta por cento) e 08 (oito) horas extraordinárias com o acréscimo de 100% (cem por cento), em total conformidade com a jornada informada pela reclamada em sua contestação, a qual foi presumida verdadeira, em razão da confissão ficta do reclamante. Os fatos objetos da confissão também não se enquadram na exceção do artigo 392 do CPC/2015. Acrescento que não há, no caso em exame, habitualidade no labor extraordinário a descaracterizar o acordo de compensação para o labor aos sábados. Isso porque, além de presumida a jornada indicada na contestação, que não revela sobrejornada habitual, o autor laborou apenas de 11.11.2013 a 22.11.2013, ou seja, por minguados 12 (doze) dias, não configurando a alegada habitualidade no labor extraordinário.

Embora a reclamada não tenha colacionado aos autos os cartões de ponto do reclamante, a que estava obrigada, por força do art.74 da CLT, fato é que a confissão ficta do reclamante fez presumir a veracidade da jornada apontada na contestação, assim como a alegação de que as horas extraordinárias laboradas foram corretamente quitadas, o que não foi elidido pelas demais provas carreadas aos autos. Desse modo, não prevalece o disposto na Súmula nº 338, item I, do Colendo TST.

Não havendo prova que afaste a presunção juris tantum decorrente da confissão ficta, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extraordinárias. Do exposto, nego provimento ao recurso ordinário do reclamante, no tópico.

De plano, constato que a reclamante **indicou**, nas razões de recurso de revista, precisamente os trechos da decisão recorrida que consubstanciam o prequestionamento da controvérsia objeto do apelo.

Na questão de fundo, a partir do quadro fático delineado pelo TRT, constata-se que o caso é de confissão recíproca no tocante às horas extras. Isso porque o reclamante não compareceu à audiência instrutória e a reclamada não apresentou controles de ponto aptos a elidir a presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho.



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

Com efeito, a pena de confissão ficta aplicada ao autor da reclamação não afasta a presunção de veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, quando a empresa, injustificadamente, não apresenta os controles de frequência, cuja obrigação encontra-se expressa no artigo 74, §2º, da CLT. Isso porque, nos termos dos artigos 336, 344 e 434 do CPC/2015, aplicáveis ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT, cabe à parte ré, na primeira oportunidade de defesa, instruir a contestação com todos os documentos que julgar necessários para a prova de suas alegações, sob pena de preclusão. Nessa esteira, se a reclamada, em momento processual anterior, não se desvencilhou do seu ônus de comprovar a inexistência de horas extras em favor do autor, a pena de confissão aplicada ao reclamante é insuficiente para elidir a presunção de veracidade da jornada referida na petição inicial.

Assim, o encargo probatório referente ao pleito de horas extras subsiste com a reclamada, que, diante do não cumprimento da obrigação legal de apresentar os devidos registros de horário do autor e da ausência de elementos que comprovem as suas alegações de defesa, submete-se aos efeitos decorrentes da presunção relativa de veracidade da jornada declinada na inicial.

Por consequência, prevalece como verdadeira a jornada de trabalho indicada na exordial, que, *in casu*, não foi infirmada por prova em sentido contrário, fazendo o reclamante jus às horas extras em conformidade com o quanto alegado na reclamação, nos moldes da Súmula nº 338, I, do TST, que dispõe:

"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)"

Nesse sentido, os seguintes precedentes, inclusive da SBDI-1 e desta Turma, senão vejamos:

"RECURSO DE EMBARGOS. HORAS EXTRAS E AVISO PRÉVIO. CONFISSÃO FICTA IMPOSTA AO AUTOR, AUSENTE À AUDIÊNCIA DE PROSSEGUIMENTO. NÃO APRESENTAÇÃO INJUSTIFICADA DOS CARTÕES DE PONTO. Segundo a jurisprudência



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

preponderante do TST, a contumácia do reclamante, que em princípio implicaria a sua confissão ficta, não é suficiente para elidir a presunção de veracidade da jornada alegada na inicial, se não apresentados todos os registros de ponto. Mantém-se com o empregador o ônus da prova relativo à jornada empreendida, de acordo com a distribuição do ônus probatório estabelecido pelo princípio da aptidão para prova. Não se questiona nos autos que a empresa, ora recorrida, tenha mais de dez empregados, o que lhe impõe a obrigação do registro de jornada dos empregados na forma do artigo 74, § 2º, da CLT. Há precedentes. Recurso de embargos conhecido e provido" (E-RR-1232-27.2010.5.05.0036, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 29/05/2020).

"AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N° 13.015/2014. HORAS EXTRAS. NÃO COMPARECIMENTO DA RECLAMANTE NA AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR. CONFISSÃO FICTA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. CARTÕES DE PONTO NÃO APRESENTADOS PELA EMPREGADORA . INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A reclamada foi condenada ao pagamento de horas extras apenas nos períodos em que não foram apresentados os controles de jornada. A aplicação da confissão ficta à autora, por ter deixado de comparecer à audiência de instrução, não conduz necessariamente à improcedência dos pedidos formulados na inicial; apenas determina a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados em contestação pela reclamada. Sendo relativa a presunção, nada impede que seja cotejada com elementos probatórios já coligidos aos autos, nos termos do item II da Súmula n° 74 do Tribunal Superior do Trabalho, de seguinte teor: "CONFISSÃO. II- A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores". Entretanto, no caso, ao examinar a prova pré-constituída, a Turma corroborou a decisão regional em que se constatou que os cartões de ponto não foram trazidos pela defesa, desatendendo ao disposto no item I da Súmula n° 338 desta Corte, que assim dispõe: "JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. (...) I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n° 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)". O entendimento contido na súmula em referência tem incidência mesmo nas hipóteses em que a não apresentação dos registros de ponto é apenas parcial, caso dos autos. Assim, o encargo probatório relativo ao pedido de horas extras remanesce com a reclamada, que, ante o descumprimento da obrigação legal de fornecer os registros de horário e a ausência de elementos que comprovem as suas alegações de defesa, submete-se aos efeitos decorrentes da presunção relativa de veracidade da jornada declinada na inicial, nos termos da Súmula n° 338, item I, do TST. Os efeitos da confissão ficta, imposta à autora em decorrência do seu não comparecimento à audiência de prosseguimento em que deveria depor, não subsistem diante da ausência dos registros de horário, que deveriam ser apresentados pela reclamada, em virtude da sua obrigação legal de apresentação de registros válidos, na forma do artigo 74, § 2º, da CLT. Além disso, considerar que o



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

encargo probatório da reclamada teria sido satisfeito em razão da confissão imposta à autora permitiria à ré beneficiar-se de sua própria torpeza. Pelo exposto, não há falar em contrariedade às Súmulas nos 74 e 338 do TST (precedentes). **Agravo regimental desprovido**" (AgR-E-ED-RR-2209400-07.2009.5.09.0009, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/12/2017).

"(...). RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CONFISSÃO RECÍPROCA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO. NÃO COMPARECIMENTO DA RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR. ÔNUS DA PROVA DA RECLAMADA. O contexto fático-probatório delineado no acórdão recorrido permite verificar que foi aplicada a sanção processual de confissão ficta à reclamante, ante sua ausência injustificada à audiência em que deveria prestar depoimento. A aplicação da referida sanção processual à autora, por ter deixado de comparecer à audiência de instrução, não conduz necessariamente à improcedência dos pedidos formulados na inicial. A confissão ficta apenas determina a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados em contestação pela reclamada. Sendo relativa a presunção, nada impede que seja cotejada com elementos probatórios já coligidos aos autos por ocasião da cominação da sanção processual de confissão, nos termos do item II da Súmula n° 74 do Tribunal Superior do Trabalho. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional presumiu verdadeira a jornada de trabalho indicada pela reclamada em contestação, mesmo diante do fato de que não houve juntada dos controles de ponto aos autos. Não tendo a reclamada se desincumbido de seu encargo probatório - apresentação de cartões de ponto com a jornada laboral da reclamante -, deve-se presumir a veracidade da jornada indicada na inicial, de modo que se pode entender pela ocorrência de confissão ficta recíproca, tendo em vista a não apresentação dos cartões de ponto pela reclamada e a ausência da reclamante à audiência em que se encerraria a instrução probatória. Tratando-se a hipótese de confissão ficta recíproca, a questão deve ser dirimida à luz do critério da distribuição do ônus da prova, conforme alega a recorrente. Nos termos em que dispõe o item I da Súmula n° 338 do TST, o encargo probatório relativo ao pedido de horas extras remanesce com a reclamada, que, ante o descumprimento da obrigação legal de fornecer os registros válidos de horários da reclamante, submete-se aos efeitos decorrentes da presunção relativa de veracidade da jornada declinada na inicial. Portanto, a confissão ficta imposta à autora em decorrência do seu não comparecimento à audiência em prosseguimento em que deveria depor, no caso, não se sobrepõe à presunção de veracidade decorrente dos registros de horário inválidos apresentados pela empresa. Recurso de revista conhecido e provido" (ARR-1094-83.2016.5.05.0025, **2ª Turma**, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 16/08/2019).

"A) RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS. MATÉRIAS EM COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 1. HORAS EXTRAS. CONFISSÃO RECÍPROCA. NÃO COMPARECIMENTO DA RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR. APRESENTAÇÃO PARCIAL DOS CONTROLES DE JORNADA PELA RECLAMADA. ÔNUS DA PROVA PARCIALMENTE ELIDIDO. SÚMULA 338, I/TST. 1.1 O item I da Súmula 74 do TST estabelece que 'aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor'. 1.2 Sabe-se, outrossim, quanto às horas extras, que é ônus do empregador que conta com mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, de maneira que a não apresentação injustificada dos controles de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho apontada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário (Súmula 338, I/TST). Trata-se de típico caso em que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a denominada inversão do ônus da prova, transferindo ao empregador a comprovação de que o obreiro não laborava em regime de sobrejornada ou que, mesmo laborando, as horas extras eram quitadas regularmente. Tal entendimento é aplicado, inclusive, quando o empregador apresenta controles de ponto relativos a apenas parte do período contratual, pois, nesse caso, desincumbe-se apenas parcialmente do ônus que lhe cabe. No caso em exame, a despeito de o Tribunal a quo ter afastado a confissão ficta da Reclamante quanto à matéria de fato (declarada pelo juízo sentenciante em decorrência da ausência da Obreira à audiência de prosseguimento - apesar de pessoalmente intimada), consignou ter havido a juntada apenas parcial dos cartões de ponto pelo empregador, documento este que comprovou, ademais, o labor em sobrejornada. Consignou, ainda, que as fichas financeiras demonstraram a ausência de pagamento das horas extras devidas. 1.3 Diante disso, apesar de o entendimento do Tribunal Regional estar em dissonância com a Súmula 74/I/TST, as circunstâncias dos autos evidenciam a ocorrência de confissão ficta recíproca em face do que dispõe a Súmula 338/TST, tendo em vista a ausência - ainda que parcial - de apresentação dos cartões de ponto pelas Reclamadas. Consignou, ainda, que as fichas financeiras demonstraram a ausência de pagamento das horas extras devidas. Ora, tratando-se a hipótese de confissão ficta recíproca, a questão deve ser dirimida à luz do critério da distribuição do ônus da prova. Assim, se não foram apresentados os cartões de ponto e não foi elidida a alegação por prova em contrário, dá-se o reconhecimento da jornada de trabalho apontada na inicial para aquele período. Inteligência da Súmula 338, I/TST. 1.4 Deve-se aplicar à espécie, portanto, o princípio geral das teorias das nulidades que preconiza não haver nulidade se não houver prejuízo, consagrado no art. 282, § 1º, do CPC/2015 (art. 249, § 1º, do CPC/73). 1.5 Diante disso, em relação ao período de vigência do contrato de trabalho em que não houve juntada de cartões de ponto, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conteúdo probatório produzido nos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. 1.6 Contudo, no período em que houve apresentação dos cartões de ponto (16/04/2011 a 15/05/2011), deve vigorar a jornada neles declinada, haja vista as Reclamadas terem se desincumbido, ainda que parcialmente, do ônus que lhes é imposto pela Súmula 338/I/TST, de maneira que eventuais horas extras a serem pagas nesse período devem levar em consideração a jornada descrita nos cartões de ponto apontados no acórdão recorrido, não podendo prevalecer a jornada alegada em petição inicial. Por haver acordo de compensação entabulado entre as partes - ainda que reputado inválido pelo Tribunal Regional -, nesse período deve-se observar a Súmula 85/IV/TST, segundo a qual 'A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

trabalho extraordinário'. Assim, nesse aspecto, conhece-se dos apelos por violação do art. 818 da CLT. Recursos de revista conhecidos e parcialmente providos no aspecto.(...)" (RR-651-49.2012.5.04.0010, **3ª Turma**, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 20/09/2019.)

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014. 1. (...). 2. CONFISSÃO RECÍPROCA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO PELA RECLAMADA. NÃO COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR. ÔNUS DA PROVA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O item I da Súmula 338, dispõe que é ônus do Empregador enquadrado no art. 74, § 2º, da CLT colacionar aos autos os controles de jornada dos empregados, sob pena de presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na petição inicial. II. A hipótese dos autos é de confissão recíproca, em que o Reclamante não compareceu à audiência em que deveria depor e a Reclamada não apresentou os controles válidos de frequência, nos termos do art. 74, § 2º da CLT. Em casos tais, a questão deve ser dirimida à luz do critério da distribuição do ônus da prova. III. O entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a pena de confissão ficta aplicada ao Reclamante não afasta a presunção de veracidade da jornada de trabalho, porque a apresentação de controles válidos de frequência pelas Recorridas antecede o momento de comparecimento à audiência e porque tal ônus decorre de imposição legal (art. 74, §2º, da CLT). IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-458-51.2015.5.06.0211, **4ª Turma**, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 16/08/2019).

"RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. HORAS EXTRAS. CONFISSÃO RECÍPROCA. CONFISSÃO FICTA DO RECLAMANTE. NÃO APRESENTAÇÃO DOS CARTÕES DE PONTO PELA RECLAMADA. Trata-se de confissão recíproca no tocante às horas extras. Nessa hipótese, esta Corte tem o entendimento de que prevalecem os efeitos da confissão ficta aplicados à empresa, em decorrência da não apresentação dos cartões de ponto (art. 74, § 2º, da CLT), pois é sua obrigação legal manter o registro de horário e exibir os cartões em juízo, no momento oportuno. Precedentes. Recurso de Revista de que não se conhece" (RR-11018-26.2014.5.15.0053, **5ª Turma**, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 18/08/2017).

"RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. CONFISSÃO RECÍPROCA. AUSÊNCIA DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA PRESTAR DEPOIMENTO. NÃO APRESENTAÇÃO DOS CONTROLES DE JORNADA POR PARTE DA EMPREGADORA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 338, I, DO TST, EM DETRIMENTO DA SÚMULA 74, I, DO TST. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. No que tange à controvérsia decorrente da confissão ficta do reclamante em face da sua ausência à audiência de prosseguimento em que deveria depor, e da não apresentação dos controles de jornada do reclamante por parte da empregadora, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de entender pela denominada inversão do ônus da prova, transferindo ao empregador o ônus de demonstrar que o obreiro não exercia labor extraordinário, bem como usufruía do intervalo intrajornada devido. In casu, o Regional asseverou a configuração da confissão ficta foi recíproca, haja



PROCESSO Nº TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

vista a não apresentação dos controles de jornada por parte da empregadora e a ausência do reclamante à audiência em que deveria prestar depoimento pessoal. Em face da confissão ficta recíproca, a controvérsia deve ser analisada pela perspectiva do critério da distribuição do ônus da prova. Logo, se não foram apresentados os controles de jornada do reclamante e não elidida a alegação da inicial por prova em contrário, reconhece-se, pois, a jornada descrita na exordial, nos termos da Súmula 338, I, do TST. Assim, deve incidir a presunção relativa de veracidade no que tange ao labor extraordinário, bem com em relação ao intervalo intrajornada, em face da aplicação da Súmula 338, I, do TST. Portanto, adota-se o entendimento de que a pena de confissão ficta aplicada ao reclamante não elide a presunção de veracidade da jornada descrita na inicial, em face da não apresentação dos controles de jornada pela empregadora, porquanto esta precede o momento de comparecimento à audiência e resulta de obrigação legal nos termos do art. 74, §2º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-20066-08.2013.5.04.0002, **6ª Turma**, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 29/05/2020).

"I. (...) II. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. PROCESSO NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. HORAS EXTRAS. CONTROLES DE PONTO COM JORNADA INVARIÁVEL. ÔNUS DA PROVA. Ante a possível ofensa aos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC/73, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. III. RECURSO DE REVISTA. (...). 2. HORAS EXTRAS. CONTROLES DE PONTO COM JORNADA INVARIÁVEL. ÔNUS DA PROVA. Caso em que TRT, apesar de consignar a existência de registros de ponto anotados "por exceção", bem como haver cartões de ponto contendo horários invariáveis, concluiu ser ônus do Reclamante a prova do trabalho em sobrejornada. Seu fundamento consistiu na circunstância de o Reclamante não ter comparecido à audiência de instrução e julgamento, sendo-lhe aplicada a pena de confissão quanto à matéria de fato. No entanto, a confissão ficta apenas determina a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados em contestação, de forma que somente no caso de os cartões de ponto serem válidos se poderia admitir a confissão do Reclamante quanto às horas extras. 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. Nesse contexto, descumprida a obrigação legal de fornecer registros de horários válidos e não havendo, por conseguinte, elementos que comprovem as alegações deduzidas em defesa, permanece com a Reclamada o ônus da prova quanto às horas extras. Demonstrada a violação dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC/73. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1282-82.2011.5.04.0024, **7ª Turma**, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 19/08/2016).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DO RECLAMANTE NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO FICTA. NÃO APRESENTAÇÃO DE CARTÕES DE PONTO. O Tribunal a quo registrou que o reclamante não compareceu à audiência de instrução, e a reclamada não anexou aos autos os



PROCESSO N° TST-RR-234-38.2014.5.01.0551

controles de ponto do período postulado. Esta Corte tem decidido que, embora o reclamante não tenha comparecido à audiência, prevalece a confissão ficta aplicada à empresa, em decorrência da não apresentação dos cartões de ponto (art. 74, § 2º, da CLT), pois é sua obrigação legal anterior de manter o registro de horário e exibir os cartões em juízo. Ilesos, portanto, os artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC e a Súmula n° 74, I, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-1116-82.2013.5.01.0341, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 10/05/2019)

Conheço do recurso de revista, por má aplicação da Súmula n° 338, item I, do TST.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por má aplicação da Súmula n° 338, item I, do TST, **dou-lhe provimento** para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, de acordo com a jornada de trabalho indicada na petição inicial, conforme se apurar em liquidação de sentença.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por má aplicação da Súmula n° 338, item I, do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, de acordo com a jornada de trabalho indicada na petição inicial, conforme se apurar em liquidação de sentença. Custas adicionais no importe de R\$ 100,00 (cem reais) sobre o valor da condenação acrescido em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Brasília, 2 de dezembro de 2020.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

RENATO DE LACERDA PAIVA
Ministro Relator