

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.2.n.14.68580>



Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

DIREITOS DEMOCRÁTICOS E O ESTADO MODERNO: UMA ANÁLISE SOBRE A IRRESTRITA APLICAÇÃO DO TEMA Nº 1.046 DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA NORMAS COLETIVAS VÁLIDAS E INAPLICÁVEIS

DEMOCRATIC RIGHTS AND MODERN STATE: AN ANALYSIS OF THE UNRESTRICTED APPLICATION OF THEME 1.046 GENERAL REPERCUSSION OF THE FEDERAL SUPREME COURT TO VALID AND INAPPLICABLE COLLECTIVE NORMS

Ricardo Calcini¹

Renata Zulma Alves do Vale Cardoso²

RESUMO

O propósito do presente estudo dirige-se a uma análise crítica acerca da importância do reconhecimento da validade das normas coletivas, que limitam ou afastam certos direitos, com respaldo na decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre o Tema nº 1.046 de Repercussão Geral, devidamente ajustadas, todavia, às particularidades de cada caso concreto. Com o fim de nos aproximarmos de tal objetivo, por meio do método hipotético-dedutivo, analisaremos principalmente determinada formulação hipotética, com o fim de verificar se o Tema nº 1.046 do Supremo Tribunal Federal deve, em toda e qualquer situação, legitimar a aplicação irrestrita de normas coletivas de trabalho, ainda que a sua aplicação implique em restrição indevida de direitos trabalhistas, a partir de clara alteração da realidade fática, situação que, caso concretizada, pode implicar em comportamento contraditório, não se coadunar com fundamentos do Estado Democrático de Direito e outros princípios constitucionais que protegem a dignidade do trabalhador no Estado Moderno. Tendo em vista a construção doutrinária e jurisprudencial ainda em andamento, por se tratar de tema novo, não há o intuito de esgotá-lo, mas, ao contrário, a partir de pesquisa jurisprudencial, proporcionar maior familiaridade e novas reflexões acerca de problemática, que apesar de bastante discutida atualmente, não conta com larga quantidade de estudos a seu respeito.

¹ Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Advogado, Parecerista e Consultor Trabalhista. Sócio Fundador do Escritório: Calcini Advogados. Atuação Especializada e Estratégica (TRTs, TST e STF). Professor M. Sc. Direito do Trabalho (PUC-SP). Docente vinculado ao programa de pós-graduação de Direito do Trabalho do INSPER/SP. Coordenador Trabalhista da Editora Mizuno. Colunista nos portais JOTA, Migalhas e ConJur. Autor de obras e de artigos jurídicos em revistas especializadas. Membro e Pesquisador: GETRAB-USP, GEDTRAB-FDRP/USP e CIELO Laboral. Membro do Comitê Executivo da Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Professor Visitante: USP/RP, PUC-RS, PUC-PR, FDV/ES, IBMEC/RJ, FADI/SP e ESA/OAB. rcalcini@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-8146-7531>.

² Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2003). Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Magistratura Trabalhista de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Tributário pelo IBET/SP (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários), pós-graduada em Direito Público e Didática do Ensino Superior pela EPD/SP (Escola Paulista de Direito), cursou Pós-Graduação em Direito Tributário e didática do Ensino Superior pela Universidade Mackenzie, Especialização em Impostos Indiretos - IPI, ICMS e ISS pela APET (Escola Paulista de Estudos Tributários) e Teoria Geral do Direito pelo IBET. Pós-graduanda em Direitos Humanos. renatavcardoso.adv@uol.com.br. <https://orcid.org/0009-0008-6013-2909>.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Tema 1.046; Repercussão Geral; Supremo Tribunal Federal; Aplicação.

ABSTRACT

The purpose of this study is to conduct a critical analysis of the importance of recognizing the validity of collective agreements that limit or waive certain rights, based on the Brazilian Supreme Court's decision on Topic No. 1,046 of General Repercussion. These agreements should, however, be properly adjusted to the particularities of each individual case. In order to approach this objective, we will use the hypothetical-deductive method, primarily analyzing a specific hypothetical formulation to determine whether the Supreme Court's Topic No. 1,046 should, in every situation, legitimize the unrestricted application of collective labor agreements, even when such application results in undue restriction of labor rights, due to a clear alteration of the factual reality. Such a situation, if realized, could lead to contradictory behavior and be incompatible with the principles of the Democratic Rule of Law and other constitutional principles that protect workers' dignity in the modern state. Given that doctrinal and jurisprudential development on this subject is still ongoing, as it is a relatively new issue, this study does not aim to exhaust the matter. Instead, through jurisprudential research, it seeks to provide greater familiarity and encourage further reflection on a topic that, despite being widely debated today, has not yet been extensively studied.

Keywords: Democratic Rule of Law; General Repercussion; Supreme Federal Court; Application.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, estabelece o Estado Democrático de Direito como alicerce da organização política e jurídica do país, pautado por princípios fundamentais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, bem como, do pluralismo político.

No contexto das relações de trabalho, o sobre princípio democrático ganha destaque em diversos momentos, especialmente quando se busca harmonizar a liberdade de negociação coletiva e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Este equilíbrio é objeto das atuais discussões sobre a prevalência do negociado sobre o legislado.

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral³ (Brasil, 2023), reconheceu a validade das normas coletivas que, ao considerarem o princípio da adequação setorial negociada, estabelecem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, mesmo sem a especificação explícita de vantagens

³ **Tese:** São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

compensatórias no bojo da negociação coletiva, desde que sejam respeitados os chamados direitos absolutamente indisponíveis.

Desse modo, foi decidido pela Suprema Corte que o acordado (normas coletivas autônomas), prevalece sobre o legislado (normas estatais heterônomas), sendo válidas as normas fixadas por meio de instrumentos coletivos de trabalho, que limitam ou restringem direitos trabalhistas, sem que haja a necessidade de especificarem efetiva contrapartida, desde que respeitado o patamar civilizatório mínimo.

Seguramente, a tese fixada através do Tema 1.046 do STF fortaleceu a autonomia privada coletiva. Contudo, a sua aplicação aos casos concretos demanda ponderação e razoabilidade, pois, em que pese a temática aparentar uma solução geral e abstrata quanto à prevalência do negociado sobre o legislado, ainda existem fundados questionamentos em situações que requerem a análise de particularidades.

Por isso da extrema importância de um olhar criterioso de sua aplicação pela Justiça Trabalhista, sobretudo para que a incidência do Tema 1.046 de Repercussão Geral do STF não se torne indevidamente irrestrita a todo e qualquer caso concreto onde existam aparentes dúvidas sobre a ampla “eficácia” de uma norma coletiva quando, na verdade, ficar evidenciada a sua inaplicabilidade.

Assim, o Estado Democrático de Direito também impõe ao Poder Judiciário, especialmente a Justiça do Trabalho, o papel de guardião do equilíbrio necessário nas negociações coletivas, assegurando que os acordos respeitem os princípios fundamentais e o direitos dos trabalhadores, sem abrir espaço para abusos ou desrespeitos a direitos inalienáveis.

1. CASO HIPOTÉTICO E QUESTIONAMENTOS

Com o fim de tornar mais clara a distinção acerca do sutil entrave existente entre “validade” e “eficácia”, suponha-se a situação em que, por meio de uma determinada norma coletiva, instituiu-se a ausência ou impossibilidade de controle de jornada, com o fim de afastar a imposição legal prevista no artigo 62, I, da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT (Brasil, 1943). Ocorre que, na prática, esse controle era realizado, direta ou indiretamente, em contrariedade à norma coletiva ajustada.

Diante deste quadro fático entabulado pelas partes via negociação coletiva, a norma autônoma que fixa a ausência do controle de jornada seria aplicável ou não?

Na situação hipotética apresentada acima existe uma realidade fática na qual efetivamente houve controle de jornada, porém, a norma coletiva, contrariamente, prevê que não haverá nenhum controle. Isto é, a realidade dos fatos (realidade “A”) contradiz com o previsto em lei (realidade “B”) onde não há, por regra, controle de jornada. Simplificadamente, a norma negociada coletivamente impõe que há um dever ser “B”. Porém, no mundo dos fatos, fica manifesta a realidade “A”.

Diante de situações como a ora descrita, surge a dúvida se, em realidade, o Tema 1.046 de repercussão geral do STF deve, em toda e qualquer situação, legitimar a aplicação “cega” de normas coletivas de trabalho, ainda que a sua aplicação implique em restrição indevida de direitos trabalhistas, a partir de clara alteração da realidade fática.

Nessa esteira, questiona-se a validação do enquadramento do empregado na exceção prevista no artigo 62, I, da CLT⁴, nada obstante a existência de um quadro fático no qual a norma coletiva não foi observada e, pior, que teria ocorrido efetivo controle de jornada? Essa é a dúvida que se buscará responder a seguir.

2. INVESTIGAÇÃO JURISPRUDENCIAL

De plano, é evidente que, para aplicação do Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral ou de qualquer outro precedente obrigatório do Supremo Tribunal Federal, seja necessário compreender e, sobretudo, realizar o devido *distinguishing*.

E, neste ponto, é importante enfatizar que tal operação interpretativa não configura desprestígio às teses fixadas pela Suprema Corte, consoante lição a seguir:

A não adoção de um precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente *inapplicable law*. A declaração de que o precedente é inaplicável não tem relação com o seu conteúdo e autoridade. (Marinoni, p. 232) (grifo nosso).

Posta tal premissa, questiona-se como o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem decidido em situações como a hipoteticamente apresentada (determinação em norma coletiva de um “dever ser” *versus* a realidade fática diversa)?

⁴ CLT, Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

Com efeito, a Corte Superior Trabalhista entendia que, mesmo que a norma coletiva estipulasse a ausência de controle de jornada, se, na prática, houvesse controle efetivo, este deveria ser considerado para efeitos de pagamento de horas extras. Isso porque o controle de jornada é um direito do trabalhador e um dever do empregador, que não pode ser afastado unilateralmente por meio de norma coletiva.

Nesse sentido, diversos julgados de Turmas e da Seção I Especializada de Dissídios Individuais (SBDI-1) consideravam que o trabalho externo, por si só, não atraía óbice ao pagamento de horas extras de que trata o artigo 62, I, da CLT, devendo tal condição efetivamente impossibilitar o controle de jornada. Vejamos:

RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. PERÍODO POSTERIOR A 1º/11/2009. COMPARECIMENTO DIÁRIO NO INÍCIO E NO TÉRMINO DA JORNADA. CONTROLE INDIRETO DA JORNADA DE TRABALHO. **A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador. No caso, a Egrégia Turma concluiu ser possível o controle da jornada em face do comparecimento diário no início e término da jornada. Indubitável, portanto, que o empregador exercia o controle indireto sobre os horários cumpridos pelo empregado. Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle, estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo, a exemplo do que ocorre, mesmo nesses casos, com o intervalo para refeição, cujo gozo é presumido, diante a autorização legal para dispensa do registro. Precedentes. Recurso de embargos conhecido e não provido (E-ED-RR-13-24.2012.5.02.0381, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 17/08/2018). (grifo nosso).⁵**

Logo, a condição que excepciona o pagamento de jornada extraordinária é a de plena impossibilidade de controle do horário de trabalho, e não a sua ausência decorrente de mera deliberação do empregador. E, em que pese seja reputada válida a norma coletiva que afastou o controle – até porque os julgamentos proferidos pela Suprema Corte, por regra, são vinculantes e *erga omnes*, equiparando-se suas decisões às espécies normativas –, a primazia da realidade fática torna o instrumento coletivo ineficaz, pois não condizente com o comportamento contraditório do empregador previsto na legislação estatal.

Entretanto, com o fim de viabilizar o contraponto em respeito à compreensão em sentido contrário, de se compreender as decisões que entendem de maneira oposta:

AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA

⁵ Mais jurisprudência encontra-se no anexo.

VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. TRABALHO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. TEMA 1046 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. Fundamentos da decisão agravada não desconstituídos. II. Em 02/06/2022, o STF pacificou a questão da autonomia negocial coletiva, fixando tese jurídica no Tema 1046 de sua Tabela de Repercussão Geral, no sentido de que " são constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis ". III. Logo, a regra geral é da validade das normas coletivas, ainda que pactuem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, com exceção dos direitos absolutamente indisponíveis, assim entendidos aqueles infensos à negociação sindical, que encontram explicitação taxativa no rol do art. 611-B da CLT. IV. No caso dos autos, o objeto da norma convencional refere-se à ausência de controle de jornada do empregado que trabalha externamente, no caso, motorista, matéria que não se enquadra na vedação à negociação coletiva, nos termos da tese descrita no Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral da Suprema Corte. V. Agravo de que se conhece e a que se nega provimento (Ag-RRAg-10617-29.2014.5.03.0031, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 01/07/2024).

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. HORAS EXTRAS. APLICABILIDADE DA NORMA COLETIVA QUE ATRIBUIU AOS TRABALHADORES QUE EXERCEM ATIVIDADE EXTERNA A EXCEÇÃO DO ART. 62, I, DA CLT. TESE VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIXADA NO TEMA Nº 1.046 DE REPERCUSSÃO GERAL. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. HORAS EXTRAS. APLICABILIDADE DA NORMA COLETIVA QUE ATRIBUIU AOS TRABALHADORES QUE EXERCEM ATIVIDADE EXTERNA A EXCEÇÃO DO ART. 62, I, DA CLT. TESE VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIXADA NO TEMA Nº 1.046 DE REPERCUSSÃO GERAL. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. HORAS EXTRAS. APLICABILIDADE DA NORMA COLETIVA QUE ATRIBUIU AOS TRABALHADORES QUE EXERCEM ATIVIDADE EXTERNA A EXCEÇÃO DO ART. 62, I, DA CLT. TESE VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIXADA NO TEMA Nº 1.046 DE REPERCUSSÃO GERAL. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. O e. TRT deu parcial provimento para limitar a condenação em horas extras ao período não abrangido pelas normas coletivas, uma vez que o reclamante foi enquadrado na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, nos períodos abrangidos pela vigência dos ACTs

2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017, o que afasta o pagamento de horas extras, ao fundamento de que, conforme decisão proferida pelo STF no julgamento do Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral, "impõe-se reconhecer a validade de norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, exatamente como verificado no caso.". A Corte Regional concluiu, portanto, que "no período de vigência das normas coletivas de 2014 a 2017, não há falar em direito ao recebimento de horas extras e reflexos". De fato, a Suprema Corte fixou a tese vinculante da constitucionalidade das normas coletivas que afastam direitos trabalhistas, independentemente de vantagens compensatórias explícitas, desde que observados os direitos absolutamente indisponíveis. Na presente hipótese, a norma coletiva dispõe sobre o enquadramento dos empregados na hipótese do art. 62, I, da CLT. Tal previsão não está circunscrita a direito absolutamente indisponível, tampouco constitui objeto ilícito, na esteira do rol do art. 611-B da CLT, com redação conferida pela Lei nº 13.467/2017. Nesse sentir, não há como desprestigiar a autonomia da vontade coletiva das partes. O Tribunal Regional, ao observar a norma coletiva que atribuiu aos trabalhadores que exercem atividade externa a exceção do inciso I do art. 62 da CLT, acabou por prestigiar a autonomia da vontade coletiva das partes, decidindo de forma harmônica à tese vinculante do Supremo Tribunal Federal firmada no Tema nº 1.046 da Tabela de Repercussão Geral. Precedente da 5ª Turma do TST. Recurso de revista não conhecido (RR-Ag-11643-26.2017.5.03.0106, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 28/06/2024).

O que se denota dos julgados transcritos é que ao aplicar a norma coletiva, que determinou a impossibilidade de controle de jornada, não se considerou as especificidades dos casos analisados pelas instâncias inferiores, para tão somente aplicá-la, se o caso, com fundamento no Tema nº 1.046 de Repercussão Geral.

Elegeu-se, por assim dizer, uma presunção de que se as partes entabularam a norma coletiva é porque possuíam pleno conhecimento dos fatos, bem como que em função da estipulação, tornou-se “impossível” o controle de jornada, sob os fundamentos de segurança jurídica e boa-fé objetiva.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NORMA COLETIVA QUE EXCLUI O CONTROLE DE JORNADA

Se para o sistema de precedentes judiciais obrigatórios é fundamental a distinção entre a *ratio decidendi* e o caso concreto, igual premissa deve-se adotar quanto às normas autônomas, sob pena de aplicação inadequada e ofensa a direitos.

Há que se ter atenção quanto à “eficácia” da norma coletiva, que simplesmente exclui a possibilidade de controle de jornada, quando a questão da validade nem sequer é (ou não deveria ser) discutida. Não se trata de afastar a aplicação do Tema nº 1.046 de Repercussão Geral do

STF, em desprestígio à valorização da autonomia privada coletiva, e sim de compreender sua aplicabilidade, do ponto de vista da eficácia, ao caso concreto.

Ora, adotar-se normas absolutas em contextos em que não são levadas em consideração as complexidades e/ou diversidade das realidades fáticas, implica em ofensa a pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CRFB). E, supondo que fosse possível a aplicação do Tema 1.046, a própria tese vinculante da Suprema Corte aponta contornos que devem ser obrigatoriamente observados, quais sejam, os direitos absolutamente indisponíveis.

É importante lembrar que o controle de jornada é uma exigência do artigo 74 da CLT, com o objetivo de assegurar o cumprimento das regras de duração do trabalho e garantir aos trabalhadores o direito a horas extras, intervalos, entre outros. Nesse sentido, a decisão na ADPF 911 (BRASIL, 2023), de lavra do Relator Ministro Roberto Barroso:

De fato, consoante me manifestei no julgamento da ADPF 381 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 01.06.2022), **a ausência de controle da jornada de trabalho implica na fragilização dos direitos à limitação da jornada, às horas extras e ao repouso semanal, constitucionalmente assegurados (art. 7º, XIII, XIV, XVI e XV, CF/88), além de representar risco à saúde e segurança do trabalhador (art. 7º, XXII, CF/88), motivo pelo qual integram o conceito de patamar civilizatório mínimo.** (grifo nosso).

Ora, se a norma coletiva de trabalho institui a ausência do controle de jornada, mas, contrariamente ao acordado, na prática ocorreu o pagamento de horas extras, torna-se inaplicável ao caso concreto, haja vista a sua ineficácia. Isto porque quando houver uma contradição entre o que está estabelecido na norma coletiva e o que de fato acontece na realidade, deve prevalecer a situação real em detrimento do aspecto formal do instrumento. Do contrário, “*significa negar ao trabalhador o direito de acesso ao Poder Judiciário para alcançar a definição da realidade em que se deu a prestação dos serviços (CF, art. 5º, XXXV, e 114, I)*”, conforme ADPF nº 381 (Brasil, 2022). Aliás, trata-se de requisito previsto na própria norma coletiva, que impõe a ausência de controle de jornada, para reconhecimento do trabalho externo⁶.

Bem por isso, ao obstar indevidamente o pagamento de horas suplementares, as quais passam a ser devidas no trabalho externo quando viabilizado o controle de jornada, a norma autônoma ajustada impõe clara ofensa ao patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores que laboraram em sobrejornada e representa afronta aos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Estado Moderno, em especial a dignidade da pessoa humana.

⁶ ADPF 381.

Nesta linha de raciocínio, eis o voto da então Ministra Rosa Weber, nos autos da ADPF nº 381, quanto ao exercício da atividade externa do motorista rodoviário:

Nesse contexto, consideradas tanto a norma heterônoma (art. 61, I, da CLT) quanto a norma autônoma (cláusulas coletivas entabuladas pela categoria), a pretensão reducionista de classificar a priori a atividade exercida pelo motorista de transporte de cargas, **peremptoriamente negada qualquer possibilidade de subsunção dos fatos à norma, implica verdadeiro menoscabo dos direitos fundamentais do trabalhador, notadamente do direito à limitação da jornada e ao pagamento das horas extraordinárias, previstos no art. 7º da Constituição Federal, com chancela de fraude à legislação trabalhista.** Significa negar ao trabalhador o direito de acesso ao Poder Judiciário para alcançar a definição da realidade em que se deu a prestação dos serviços (CF, art. 5º, XXXV, e 114, I). (grifo nosso).

Logo, ignorar o quadro fático para tão-somente aplicar norma incabível ao caso concreto, por entender ser suficiente a sua “validade”, com fundamento no Tema nº 1.046 de Repercussão Geral do STF, é admitir que todo e qualquer instrumento coletivo possa afastar o pagamento de horas extras, mesmo quando sejam ela devidas.

E, conquanto o conceito ou a amplitude do que seriam direitos absolutamente indisponíveis siga em aberto, apesar da pretensão do artigo 611-B da CLT de esgotar o assunto (Toledo Filho, p. 94), é de crucial relevância que a Justiça Especializada mantenha um olhar atento às previsões coletivas de trabalho, em especial no que se refere à aplicabilidade aos casos concretos. Nessa esteira, é o seguinte acórdão:

(...) HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. TRABALHADOR QUE EXERCIA A FUNÇÃO DE VENDEDOR. NORMA COLETIVA QUE PREVIU O ENQUADRAMENTO DE TRABALHADORES EM ATIVIDADE EXTERNA NA HIPÓTESE DO ARTIGO 62, I, DA CLT PARA O FIM DE NÃO PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. TESE VINCULANTE DO STF NO TEMA 1.046. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. Demonstrado o desacerto da decisão agravada na análise da transcendência da causa, porquanto, nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT, constata-se a transcendência jurídica. Agravado provido para prosseguir na análise do agravo de instrumento, no particular. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. TRABALHADOR QUE EXERCIA A FUNÇÃO DE VENDEDOR. NORMA COLETIVA QUE PREVIU O ENQUADRAMENTO DE TRABALHADORES EM ATIVIDADE EXTERNA NA HIPÓTESE DO ARTIGO 62, I, DA CLT PARA O FIM DE NÃO PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. TESE VINCULANTE DO STF NO TEMA 1.046. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. O debate envolve a aplicação da decisão do STF ao apreciar o ARE.º 1.121.633 - Tema 1046 da Tabela de Repercussão Geral no que se refere à jornada de trabalho. Portanto, detém transcendência jurídica, nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. TRABALHADOR QUE EXERCIA A FUNÇÃO

DEVENDEDOR. NORMA COLETIVA QUE PREVIO O ENQUADRAMENTO DE TRABALHADORES EM ATIVIDADE EXTERNA NA HIPÓTESE DO ARTIGO 62, I, DA CLT PARA O FIM DE NÃO PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. TESE VINCULANTE DO STF NO TEMA 1.046. O Supremo Tribunal Federal, ao finalizar o julgamento do Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral, em apreciação ao Recurso Extraordinário nº 1.121.633, fixou limites para a negociação de direitos trabalhistas por meio de instrumentos coletivos, seja convenção ou acordo coletivo de trabalho. Na decisão, foi fixada a seguinte tese: "São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis". No voto do relator, ficaram expressos os direitos que comportariam tal negociação de forma livre, outros em que alteração pode ser parcial e aqueles cuja alteração é vedada ainda que por norma coletiva. Ademais, houve destaque de que os temas que envolvem debate sobre salário e jornada de trabalho já contam com autorização constitucional, podendo ser objeto de ajuste em norma coletiva, nos termos do art. 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal, sendo desnecessário demonstrar as vantagens auferidas pela categoria, em atenção à teoria do conglobamento. **No caso concreto, deve ser mantido o acórdão do TRT no qual se concluiu, com base nas provas produzidas, que a situação do autor não se enquadra na hipótese da norma coletiva que previu o enquadramento no artigo 62, I, da CLT. Isso porque, na esteira do conteúdo-fático probatório dos autos, fico "substancialmente demonstrado que o autor, embora trabalhasse externamente, não possuía autonomia na condução de seu labor, devendo cumprir rígido roteiro de visitas organizado pela ré." Inclusive, o Regional assevera que "não só foi demonstrada a possibilidade do controle de jornada, como também o controle e a cobrança do início e final da jornada de trabalho." Portanto, a controvérsia neste feito não se resolve pelo debate sobre a validade ou não da norma coletiva, mas pela constatação da sua não aplicação à parte reclamante, cuja jornada externa, segundo a Corte regional, não era apenas passível de controle, mas efetivamente controlada pela empregadora. Conforme bem decidiu a Corte a quo, a decisão recorrida "não declarou a invalidade da norma coletiva por desrespeito a preceitos legais. O que se verificou foi a ausência de satisfação dos requisitos para sua aplicação." Destaque-se que o STF, na ADPF 381, Relatora Ministra Rosa Weber, em caso semelhante no qual esteve em debate a validade da norma coletiva que previu que os motoristas profissionais estariam previamente enquadrados na hipótese de trabalhadores externos não passíveis de controle de jornada, sinalizou que as decisões da Justiça do Trabalho podem julgar "a lide material com base nos elementos fáticos probatórios colhidos e a partir da atividade hermenêutica que lhe é própria, no tocante ao artigo 62, I, da CLT, norma de regência aplicável segundo as cláusulas convencionais e cujo conteúdo não prescinde de delimitação"; que pode a Justiça do Trabalho verificar "a inobservância, em cada caso concreto, de requisito previsto nas próprias cláusulas coletivas (assim como no art. 62, I, da CLT) para a configuração da atividade externa hábil a afastar a incidência das normas relativas à duração da jornada e, por consequência, a possibilidade de concretização de lesividade a direito fundamental de forma estritamente objetiva"; "a tutela da garantia ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (CF, art. 7º,**

XXVI), diante das cláusulas coletivas entabuladas com a categoria profissional, possui relação de interdependência com a tutela do direito fundamental à duração da jornada de trabalho (CF, art. 7º XIII), ambas materializadas na cotidianidade da execução do contrato individual de trabalho, tanto pelo empregador, quanto pelo empregado, no que diz com a inexistência de efetivo controle da jornada. Esse é precisamente o sentido do princípio da primazia da realidade no direito do trabalho." Em razão desses fundamentos, não há como identificar violação aos artigos 62, I, da CLT, 7º, XXVI, e 8º, III, da CF. Precedentes da Sexta Turma envolvendo idêntica controvérsia em face da mesma reclamada. Agravo de instrumento não provido (AgAIRR-52-44.2020.5.12.0031, **6ª Turma**, Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT24/05/2024). (grifo nosso).

Note-se que na decisão em destaque considerou as circunstâncias fáticas, outrora analisadas pelo Tribunal Regional do Trabalho, para decidir pela inadequação da norma coletiva à realidade, afastando a incidência do Tema nº 1.046 de Repercussão Geral do STF, distinguindo-se, com precisão, a validade e a eficácia do instrumento coletivo.

Tal distinção se faz necessária e deve ser realizada previamente antes de qualquer aplicação irrestrita do Tema nº 1.046 de Repercussão Geral do STF, cujas normas coletivas podem se mostrar inaplicáveis em razão de sua ineficácia.

4. A NECESSÁRIA DISTINÇÃO

Reitere-se ser mecanismo basilar, extensível e aplicável a todos os ramos do Direito, a fenomenologia de incidência de qualquer norma, isto é, para que ocorra a subsunção do fato jurídico à norma, deve haver absoluta identidade com o desenho normativo (Carvalho, p. 278). Neste passo, uma determinada norma coletiva pode incidir sobre uma realidade fática, todavia, pode não ser aplicável pela sua ineficácia.

Desse modo, apesar de haver norma coletiva válida, se houver controle (indireto ou direto) da jornada no trabalho externo, afasta-se a automática aplicação do instrumento negociado, prestigiando o que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

A esse respeito, já sinalizou o C. STF:

(...) na ADPF 381, Relatora Ministra Rosa Weber, na qual o STF sinalizou que, **para além da controvérsia sobre a validade ou não da norma coletiva, pode a Justiça do Trabalho decidir se o caso concreto se enquadra ou não na hipótese da norma coletiva, estando autorizada a afastar a aplicação da norma coletiva quando as premissas fáticas do caso sob exame sejam distintas da previsão do ajuste coletivo (...)** (Ag-AIRR-2201-47.2015.5.02.0037, 6ª Turma, Desembargador Convocado Paulo Regis Machado Botelho, DEJT 24/05/2024). (grifo nosso).

Sendo assim, a aplicação de toda e qualquer norma jurídica – sejam leis, regulamentos, normas coletivas, precedentes obrigatórios e outras modalidades de espécies normativas – não é automática, pois sempre dependerá de um infalível encaixe entre a descrita hipótese normativa e o fato real vivenciado pelas partes.

Por isso, configurado no plano fático o controle de jornada em trabalho externo, inaplicável se torna a norma que fixa a impossibilidade de controle nesta modalidade de labor, como também do Tema nº 1.046 de Repercussão Geral do STF, já que não se discute a validade da norma em si, mas sim a sua própria ineficácia ao caso concreto.

5. ARGUMENTO FINAL

Em derradeira argumentação, recorde-se que a “Teoria do Comportamento Contraditório” (*venire contra factum proprium*), que possui estreita relação com o “Princípio da Boa fé Objetiva”, veda o comportamento desleal de qualquer das partes das relações contratuais e obrigacionais, além de visar proteger a expectativa gerada na outra parte à qual foi direcionada a manifestação de vontade.

Conforme explicitado por Martins (2015, p. 67), o *venire* importa na “*legítima confiança gerada na outra parte*”, de maneira que se a norma coletiva instituiu a completa ausência do controle de jornada, porém, segundo a primazia da realidade, se tornou incontroverso o seu controle direto ou indireto, por certo o comportamento gerou indevidamente na parte contrária a expectativa de jornada externa incompatível com a fixação de jornada e sem a adoção de qualquer mecanismo de fiscalização.

Neste cenário, o comportamento contraditório deve ser combatido, sob pena de configurar flagrante abuso de direito, uma vez que pode objetivar exclusivamente obstar o pagamento de horas extras, enquanto no plano fático (controle incontroverso) há contrariedade ao estabelecido em norma coletiva (a ausência de controle).

Nesta esteira, a seguinte elucidação:

O *venire* se insere dentro da função de controle ao abuso do direito²². Nas palavras de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves, “o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencher a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer”.²³ Sob uma perspectiva funcional, considera-se que todo direito possui limites, uma vez que não existem direitos absolutos. Se o exercício deste direito ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento, caracterizado está o exercício abusivo deste direito, e se este causar dano a

outrem (ou tiver potencialidade para causá-lo), o ordenamento deve reprimir esta conduta. (Martins, 2015, p. 68).

Desse modo, infere-se que na situação hipotética em análise (norma coletiva que institui ausência de controle, porém essa prática é efetivamente realizada) é aplicável o princípio de vedação ao comportamento contraditório, visto que ao ser mantida a incidência da norma coletiva (plano da validade), onde esta não é aplicável (plano da eficácia), há sério e inescusável risco de dano aos trabalhadores.

Isso, por conseguinte, compromete fundamentos do Estado Democrático de Direito, em especial, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho (inciso IV). Tal situação pode resultar em não pagamento de horas suplementares, apenas pela existência da norma coletiva obstativa, quanto ao reconhecimento desses direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, deve-se reafirmar o papel fundamental da Justiça do Trabalho em compreender, caso a caso, a aplicação das normas coletivas de trabalho e do Tema nº 1.046 da Tabela de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. A adoção de uma abordagem criteriosa é essencial para evitar supressão ou redução indevida de direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis, o que representaria uma afronta, consoante destacado, a fundamentos do Estado Democrático de Direito no Estado Moderno e outros princípios constitucionais que protegem a dignidade do trabalhador.

Além disso, a inadequada e irrestrita aplicação automática da tese vinculante oriunda da Suprema Corte, pode comprometer a garantia do patamar civilizatório mínimo, colocando em risco a proteção dos direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: DEL5452 (planalto.gov.br) Acesso em: 04 jun 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 381**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357610801&ext=.pdf> Acesso em: 04 jun 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 911**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357813706&ext=.pdf> Acesso em: 04 jun 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 1.046 de Repercussão Geral**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046> Acesso em: 04 jun 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). **Recurso de Revista**. RR-17847-84.2017.5.16.0022 Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=200482&anoInt=2021> Acesso em: 04 jun 2024

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Recurso de Revista**. RR-948-38.2015.5.12.0007. Relatora Ministra Maria Helena Mallmann. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=242595&anoInt=2016> Acesso em: 04 jun 2024

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** Ag-AIRR-20999-45.2018.5.04.0021. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=447624&anoInt=2023> Acesso em: 04 jun 2024

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** Ag-RRAg-10617-29.2014.5.03.0031, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** Ag-RRAg-10617-29.2014.5.03.0031, Relator Ministro Breno Medeiros

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** Ag-AIRR-52-44.2020.5.12.0031. Relator Augusto César Leite de Carvalho Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=331498&anoInt=2021> Acesso em: 04 jun 2024

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (8ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista** AIRR-1252-48.2019.5.17.0010 Relatora Delaíde Miranda Arantes Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=206996&anoInt=2021> Acesso em: 04 jun 2024

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (SDI-1). **Recurso de Embargos de Declaração em Recurso de Revista**. E-ED-RR-13-24.2012.5.02.0381. Relator Claudio Mascarenhas

Brandão. Disponível em:

<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=149957&anoInt=2014> Acesso em: 04 jun 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). **Agravo em Recurso de Revista**. Ag-RRAg-10617-29.2014.5.03.0031. Relator Alexandre Luiz Ramos. Disponível em:

<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=201625&anoInt=2017>. Acesso em: 04 jun 2024

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**. RR-11643-26.2017.5.03.0106. Relator Breno Medeiros. Disponível em:

<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=580276&anoInt=2023> Acesso em: 04 jun 2024

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Ed. Saraiva, 2007, p. 277/278.

FILHO TOLEDO, Manoel Carlos. **TEMA 1046 DO STF: análise contextual**. Disponível em: 2020_rev_trt15_n0056 (tst.jus.br) Acesso em 04 jun 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães; DINIGRE, Gustavo Livio. **A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório1 na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas Reflexões**. Disponível em: A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: algumas Reflexões (mprj.mp.br) Acesso em: 31 maio 2024.

Anexo I

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. NORMA COLETIVA QUE PREVÊ O ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 62, I, DA CLT AOS EMPREGADOS EM FUNÇÃO EXTERNA. INAPLICABILIDADE. TRANSCENDÊNCIA DEMONSTRADA. Prevaleceu, no âmbito deste Colegiado, a compreensão de que, embora se reconheça a força negocial que afasta a necessidade de se verificar, no caso concreto, a ocorrência, ou não, de fiscalização da jornada de trabalho cumprida, **na hipótese dos autos, conclui-se que o autor desenvolvia parte de sua jornada internamente e o fazia exatamente nos momentos em que se tornaria possível dimensionar concretamente o horário de trabalho desenvolvido** (início e final da jornada), de modo que **há circunstância fática objetiva que exclui o trabalhador do âmbito de incidência da norma em discussão**, pois é inegável que em razão da obrigatoriedade de comparecer no estabelecimento empresarial no início e no término da jornada diária cumprida, o autor não pode ser enquadrado como "exercente de função externa" que tem "total autonomia para definir seus horários de início e término de trabalho". 2. Assim, constata-se que **a cláusula convencional em destaque efetivamente não se aplica ao autor, exclusivamente em razão da circunstância de que o início e término de sua jornada laborativa tenha que necessariamente ocorrer nas dependências do estabelecimento empresarial**. Ressalvado o entendimento do Relator. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR-17847-84.2017.5.16.0022, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 01/02/2024). (grifo nosso).

HORAS EXTRAS. MOTORISTA CARRETEIRO. CONFIGURAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO MEDIANTE NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE INDIRETO DA JORNADA DE TRABALHO. INVALIDADE DO INSTRUMENTO COLETIVO. Hipótese em que, sem desconstituir a conclusão do juízo singular no sentido de que "ressoa clara a possibilidade do controle de jornada", a Corte de origem adotou a tese jurídica de que a mera disposição em norma coletiva é suficiente para a caracterização do regime do art. 62, I, da CLT. De acordo com esse entendimento, reformou parcialmente a sentença para excluir da condenação o pagamento de diferenças de horas extras quanto ao período contratual abrangido pela CCT 2011-2012, pois a referida norma coletiva era no sentido de que seriam devidas aos empregados, invariavelmente, duas horas extras por dia de vigem efetiva ocorrida no raio superior a 80 (oitenta) quilômetros do ponto de partida. Na mesma norma autônoma, atribuiu-se a cada trabalhador "a administração do tempo respeitando e usufruindo os intervalos de descanso intrajornada e interjornada", uma vez que "rastreadores por satélite, telefone celular, BIP, BRC, tacógrafo, Cartão Pamcary, não se prestam ao controle de jornada de trabalho". Ocorre que, no ARE n. 1.121.633, o Supremo Tribunal Federal firmou, por maioria, a tese de que "são constitucionais

os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis" (Tema n. 1.046). A jurisprudência desta Corte Superior está orientada no sentido de que **a caracterização do labor externo previsto no art. 62, I, da CLT decorre da impossibilidade material do controle de jornada, e não de disposição em contrato individual ou coletivo nesse sentido, por representar medida voltada à preservação de diversos direitos de índole constitucional** (art. 7.º, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XXII, da Constituição Federal). Assim, **padece de inconstitucionalidade a norma coletiva que declara a inviabilidade do controle de jornada quando este se revela possível**. De outra banda, no que tange à atividade do motorista profissional, a Suprema Corte, ao apreciar a ADI n.º 5.322, destacou a inconstitucionalidade da produção normativa estatal que, ao fim e ao cabo, tornava legítima a desconsideração e prorrogação indefinida do tempo à disposição do empregador (art. 235-C, § 8.º, da CLT). Sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a força de trabalho despendida pelo motorista em favor do empregador, ainda que sob o título de tempo de espera, "não pode ser decotado de sua jornada normal de trabalho e nem da jornada extraordinária, sob pena de causar efetivo prejuízo ao trabalhador, tanto físico quanto mental, além de desvirtuar a própria relação jurídica trabalhista existente, uma vez que a norma prevê uma hipótese de divisão dos riscos da atividade econômica entre empregador e empregado (art. 2.º, CLT)". Assim, tendo em vista que a condenação ao pagamento das horas extras relativas ao período contratual englobado pela CCT 2011-2012 foi excluída, apesar da constatação de que havia controle indireto da jornada (o que foi expressamente reconhecido na sentença e na CCT 2012-2013, referidas no acórdão recorrido), é imperativa a reforma do acórdão recorrido. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-948-38.2015.5.12.0007, **2ª Turma**, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DeJT 12/04/2024).

HORAS EXTRAS. TRABALHADOR EXTERNO. NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADE DE EFETIVO CONTROLE DE JORNADA. Não merece provimento o agravo que não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática. Conforme registrado no acórdão regional, foi comprovada a efetiva possibilidade de controle de jornada do autor (necessidade de comparecimento diário no início e no fim das jornadas), bem como a existência de prorrogação de horário. Desse modo, para que este Tribunal Superior profira decisão diversa, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada a esta esfera recursal de natureza extraordinária por incidência da Súmula nº 126 do TST. Ademais, não se cogita de ofensa ao artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, pois não houve negativa de vigência aos instrumentos normativos, mas o Regional, atento à realidade dos fatos, concluiu que, **não obstante a norma**

coletiva prever a inexistência de controle de frequência, o reclamante, na prática, efetivamente, estava submetido a controle de jornada e houve prorrogação da jornada de trabalho além dos limites legais estabelecidos em lei. Esta Corte possui entendimento de que, **mesmo diante da existência de norma coletiva estabelecendo a impossibilidade de controle de jornada, havendo, na prática, o efetivo controle da jornada do empregado, fica afastada a incidência do artigo 62, inciso I, da CLT, fazendo jus o empregado às horas extras.** Precedentes. Agravo desprovido. (Ag-AIRR-20999-45.2018.5.04.0021, **3ª Turma**, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DeJT 26/03/2024) (grifo nosso).

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. TRABALHADOR QUE EXERCIA A FUNÇÃO DE VENDEDOR. NORMA COLETIVA QUE PREVIU O ENQUADRAMENTO DE TRABALHADORES EM ATIVIDADE EXTERNA NA HIPÓTESE DO ARTIGO 62, I, DA CLT PARA O FIM DE NÃO PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. TESE VINCULANTE DO STF NO TEMA 1.046. O Supremo Tribunal Federal, ao finalizar o julgamento do Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral, em apreciação ao Recurso Extraordinário nº 1.121.633, fixou limites para a negociação de direitos trabalhistas por meio de instrumentos coletivos, seja convenção ou acordo coletivo de trabalho. Na decisão, foi fixada a seguinte tese: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”. No voto do relator, ficaram expressos os direitos que comportariam tal negociação de forma livre, outros em que alteração pode ser parcial e aqueles cuja alteração é vedada ainda que por norma coletiva. Ademais, houve destaque de que os temas que envolvem debate sobre salário e jornada de trabalho já contam com autorização constitucional, podendo ser objeto de ajuste em norma coletiva, nos termos do art. 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal, sendo desnecessário demonstrar as vantagens auferidas pela categoria, em atenção à teoria do conglobamento. **No caso concreto, deve ser mantido o acórdão do TRT no qual se concluiu, com base nas provas produzidas, que a situação do autor não se enquadra na hipótese da norma coletiva que previu o enquadramento no artigo 62, I, da CLT.** Isso porque, **na esteira do conteúdo-fático probatório dos autos, ficou “substancialmente demonstrado que o autor, embora trabalhasse externamente, não possuía autonomia na condução de seu labor, devendo cumprir rígido roteiro de visitas organizado pela ré.”** Inclusive, o Regional assevera que “**não só foi demonstrada a possibilidade do controle de jornada, como também o controle e a cobrança do início e final da jornada de trabalho.**” Portanto, a controvérsia neste feito não se resolve pelo debate sobre a validade ou não da norma coletiva, mas pela constatação da sua não aplicação à parte reclamante, cuja jornada externa, segundo a

Corte regional, não era apenas passível de controle, mas efetivamente controlada pela empregadora. Conforme bem decidiu a Corte a quo, a decisão recorrida “não declarou a invalidade da norma coletiva por desrespeito a preceitos legais. O que se verificou foi a ausência de satisfação dos requisitos para sua aplicação.” Destaque-se que o STF, na ADPF 381, Relatora Ministra Rosa Weber, em caso semelhante no qual esteve em debate a validade da norma coletiva que previu que os motoristas profissionais estariam previamente enquadrados na hipótese de trabalhadores externos não passíveis de controle de jornada, sinalizou que as decisões da Justiça do Trabalho podem julgar “a lide material com base nos elementos fáticos probatórios colhidos e a partir da atividade hermenêutica que lhe é própria, no tocante ao artigo 62, I, da CLT, norma de regência aplicável segundo as cláusulas convencionais e cujo conteúdo não prescinde de delimitação”; que pode a Justiça do Trabalho verificar “a inobservância, em cada caso concreto, de requisito previsto nas próprias cláusulas coletivas (assim como no art. 62, I, da CLT) para a configuração da atividade externa hábil a afastar a incidência das normas relativas à duração da jornada e, por consequência, a possibilidade de concretização de lesividade a direito fundamental de forma estritamente objetiva”; “a tutela da garantia ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (CF, art. 7º, XXVI), diante das cláusulas coletivas entabuladas com a categoria profissional, possui relação de interdependência com a tutela do direito fundamental à duração da jornada de trabalho (CF, art. 7º XIII), ambas materializadas na cotidianidade da execução do contrato individual de trabalho, tanto pelo empregador, quanto pelo empregado, no que diz com a inexistência de efetivo controle da jornada. Esse é precisamente o sentido do princípio da primazia da realidade no direito do trabalho.” Em razão desses fundamentos, não há como identificar violação aos artigos 62, I, da CLT, 7º, XXVI, e 8º, III, da CF. Precedentes da Sexta Turma envolvendo idêntica controvérsia em face da mesma reclamada. Agravo de instrumento não provido. (Ag-AIRR-52-44.2020.5.12.0031, **6ª Turma**, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DeJT 24/05/2024) (grifo nosso).

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. NORMA COLETIVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. 1. A reclamada alega que o reclamante trabalha externamente, na função de auxiliar de entregas, sem qualquer controle de jornada, motivo pelo qual não faz jus ao pagamento de horas extras, intervalo intrajornada, adicional noturno e seus reflexos, o que foi devidamente comprovado tanto pela prova produzida quanto pelo depoimento pessoal do reclamante, que confessou não ter sua jornada de trabalho controlada, bem como detinha autonomia para decidir o roteiro de entregas. Ressalta que, ao deixar de aplicar o disposto na cláusula 7.^a do acordo coletivo, o Tribunal Regional incorreu em violação dos arts. 7.º, XXVI, e 8.º, III, da Constituição Federal e 611-A e 620 da CLT. 2. O Tribunal Regional, analisando as provas constantes dos autos (Súmula 126 do TST),

registrou que a reclamada possuía meios eficazes de controlar a jornada de trabalho do reclamante, uma vez que, "juntamente com o tacógrafo, havia rastreador nos veículos, além do que os empregados recebiam ligações da empresa para que informassem sobre o local onde estavam". Consignou, ainda, que não se trata de reconhecimento da invalidade da norma coletiva, visto que a norma em questão nada mais fez do que reproduzir a exegese do art. 62, I, da CLT, no sentido de que quando não for possível o controle de jornada externa, por ser incompatível com a fixação de horário, será dispensado o preenchimento de papeleta e deverá haver anotação no contrato de trabalho e na CTPS. 3. O entendimento do Tribunal Regional é consonante à jurisprudência uniforme do TST, segundo a qual, além de ser admissível o controle indireto, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se afaste a aplicação do art. 62, I, da CLT. Nesse sentido, **tendo sido verificado que há possibilidade de controle de jornada, o caso em concreto não está enquadrado na cláusula normativa, que rege tão somente as hipóteses em que não é possível o controle de jornada, da mesma forma que não se aplica o previsto no art. 62, I, da CLT**. Portanto, não decorrendo a condenação ao pagamento de horas extras do reconhecimento da invalidade da norma coletiva, não há falar em contrariedade à tese de repercussão geral correspondente tema ao 1046. Agravo de instrumento não provido quanto ao tema. (AIRR-1252-48.2019.5.17.0010, **8ª Turma**, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DeJT 03/07/2023) (grifo nosso).

Recebido – 10/07/2024
Aprovado – 08/08/2025