



PROCESSO N° TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040

**A C Ó R D ã O**  
**(2ª Turma)**  
**GMRLP/nz/11b/wgp**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. MOTORISTA - TRABALHO EXTERNO - AUSÊNCIA DE CONTROLE DE HORÁRIO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.** Nega-se provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso despido dos pressupostos de cabimento. Agravo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**, em que é Agravante **[REDACTED]** e Agravada **[REDACTED]**.

Agrava do r. despacho de págs. 477/479, de seq. 1, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, sustentando, em suas razões de agravo à seq. 1, págs. 482/495, que o seu recurso merecia seguimento. Agravo processado nos autos principais. Contraminuta apresentada às págs. 530/552, de seq. 1. Dispensado o parecer da d. Procuradoria-Geral, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

#### **V O T O**

Conheço do agravo de instrumento, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeiramente, há de se afastar a alegação de afronta aos artigos 1º, III, e 5º, IV e XXXV, da Constituição Federal. É que o juízo de admissibilidade *a quo*, embora precário, tem por competência funcional o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, extrínsecos e intrínsecos, como ocorreu no presente caso.



**PROCESSO Nº TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

De outra parte, cumpre observar que a matéria relativa à negativa de prestação jurisdicional não foi renovada no presente agravo. Assim, em face da ausência de devolutividade, a agravante demonstrou seu conformismo com o r. despacho denegatório.

**1 - MOTORISTA - TRABALHO EXTERNO - AUSÊNCIA DE CONTROLE DE HORÁRIO**

Insurge-se o agravante, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao seu recurso de revista, sustentando que logrou demonstrar violação de lei federal e de preceito constitucional, bem como divergência jurisprudencial. Em suas razões de recurso de revista, alegou serem devidas as horas extras. Afirmou que a reclamada possuía meios de controle da jornada, quais sejam, "rastreador via satélite (autotrack) tacógrafo, telefone celular, mapa diário, relatório de viagem, prazo de entrega, definição de rota e etc." (pág. 456, de seq. 1). Indicou violação dos artigos 8º, 9º, 62, I, e 74, §3º, e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho e 7º, XXVI, da Constituição Federal, bem como contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 332 da SBDI-1, desta Corte. Transcreveu jurisprudência.

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

"Dispõe a cláusula 23ª da CCT da categoria profissional do reclamante de 2009/2010, *in verbis*:

‘JORNADA EXTERNA: Aplicam-se aos trabalhadores exercentes de atividade externa os dispositivos do Art. 62, I, da CLT, isentos do controle de jornada de trabalho;

‘Parágrafo primeiro – Para os efeitos desta cláusula, trabalhadores exercentes de atividade externa são aqueles que estiverem em exercício de sua atividade num raio superior a 30 (trinta) quilômetros do Município da sede ou filial onde foram contratados;

Parágrafo segundo – Não se aplica, por seu flagrante conflito com o disposto no Art. 62, I, da CLT, o disposto no Art. 74, §3º do mesmo diploma legal;

Parágrafo terceiro – Quando em viagem deverão ser respeitados e determinados pelo próprio trabalhador, os repousos interjornada e intrajornada estabelecidos no Art. 71, da CLT, bem como o início e o término da viagem, ficando proibido ao empregador sua interferência’. (fl. 79).



**PROCESSO N° TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

É fato incontroverso que o autor se insere na previsão coletiva, pois realizava serviços em raio superior a 30 quilômetros da sede da reclamada, já que o próprio obreiro pugnou pelo pagamento de diárias de viagem, as quais somente são devidas a trabalhadores que prestam serviços em tais distâncias, como se infere da cláusula 11ª da CCT de 2009/2010, à fl. 75.

Dessa forma, havendo negociação coletiva envolvendo a matéria, deve prevalecer o acordado (art. 7º, inc. XXVI, da CR/88), salvo se restar provado que havia meios efetivos e inequívocos de controle da jornada de trabalho pela reclamada, eis que, se a jornada era efetivamente controlada, é de se concluir que a demandada descumpria a determinação da cláusula coletiva e, por isso mesmo, não pode se socorrer desta para alegar trabalho externo incompatível com o controle de horário.

(...)

Pois bem. Em que pese a grande dificuldade de se determinar se há controle de jornada no caso de trabalho externo, considerando-se atentamente o teor da prova oral, não se conclui pela efetiva existência de meios de controle da jornada do autor por parte da demandada.

A discussão acerca da data de instalação do sistema de rastreamento no veículo do autor perde a relevância, na medida em que a simples presença de rastreador não implica, por si só, o controle de jornada de trabalho.

De fato, conforme jurisprudência pacificada no Tribunal Superior do Trabalho, a utilização de equipamentos de rastreamento de veículos não configura meio hábil de controle de jornada, a teor da OJ nº 332/SDI-I.

(...)

No que pertine ao fato de a empresa traçar um rota de entregas para os motoristas, não é possível negar que o empregador tem o direito de organizar minimamente as atividades dos empregados, sob pena, inclusive, de ver protelados, ao bel prazer dos motoristas, compromissos urgentes de entrega, dando os empregados prioridade a clientes com prazos de entrega posteriores ou invertendo a ordem dos serviços, sendo certo que todas as entregas têm um prazo determinado, de interesse do cliente, de forma que a empresa tem a prerrogativa de fixar quais são os serviços que devem ser priorizados. No entanto, tal fato também não implica controle de horário, mesmo porque restou incontroverso nos autos que o reclamante laborava externamente, longe das vistas da empregadora, não havendo fiscalização presencial da execução do trabalho.

No que pertine ao uso do celular, tal fato também não gera necessariamente a conclusão de que a jornada de trabalho era controlada pela ré, eis que, ainda que a empregadora possa entrar em contato com o empregado pelo telefone, não há como a empresa aferir, apenas por tal meio, se este se encontra efetivamente trabalhando em tal período.

É certo que as testemunhas indicadas pelo reclamante afirmaram que tinham que ligar para o encarregado 'Passarinho' no início e no final da jornada, o que, contudo, foi negado por este, que, ouvido como testemunha a pedido da reclamada, asseverou que os motoristas só ligam quando têm problemas no veículo ou de carga. No entanto, a 1ª testemunha ouvida a rogo



**PROCESSO N° TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

do reclamante nos autos do processo n° 00804/2011 asseverou que podia parar 01 hora para almoço se quisesse, o que evidencia que o reclamante tinha liberdade para fazer seu próprio horário de trabalho, situação corroborada pelo depoimento da testemunha apelidada de 'Passarinho'. Além disso, ainda que o reclamante tivesse que ligar no início e no final da jornada, tal fato não indica o controle do trabalho do autor entre esses dois horários que, repita-se sempre, era externo e longe da esfera de controle da reclamada.

Saliente-se ainda que não restou satisfatoriamente provada a existência de relatórios de viagem ou que estes consignam as jornadas integrais efetivamente trabalhadas, eis que os documentos carreados às fls. 34 e seguintes se tratam de simples registros de pesagem de carga, que não se prestam ao controle da jornada, sendo ainda que o documento de fl. 33, embora reconhecido pela preposta, retrata apenas os horários de chegada do caminhão nos clientes, não denotando o controle do tempo de deslocamento do veículo na estrada, tampouco das pausas para alimentação e outros fatos, sequer garantindo que o autor se encontrava efetivamente trabalhando durante o tempo em que permanecia nos clientes.

Frise-se, por fim, que se extrai dos depoimentos das testemunhas uma jornada média de considerável duração, a saber, de 05:00h à 00:00h, nada menos do que 19 horas diárias de labor, que, por si só, já é inverossímil, sendo ainda menos crível que a reclamada controlasse integralmente toda essa enorme jornada.

Por todas essas razões, conclui-se que o reclamante desempenhava atividade externa, incompatível com o controle de jornada, pelo que são indevidas horas extras e reflexos e horas extras resultantes da inobservância do intervalo interjornada, as quais devem ser decotadas da condenação.

Descabido, pelas mesmas razões, o pedido de 01 hora extra diária, pela redução do intervalo intrajornada, mesmo porque o autor podia fazer seu próprio intervalo, conforme sua conveniência, já que laborava externamente, e, ainda que assim não fosse, o gozo de intervalo inferior a 01 hora não restou provado nos autos, eis que a prova oral foi divergente nesse aspecto, sendo que uma das testemunhas afirmou que poderia fazer intervalo de uma hora se quisesse.

Deve ser mantida, no entanto, a condenação ao pagamento em dobro do feriado trabalhado (fl. 284, primeiro parágrafo), eis que tal matéria não foi objeto de recurso.

Pelo exposto, neste aspecto, nego provimento ao apelo do autor e provejo o recurso da demandada, decotando da condenação o pagamento de horas extras, inclusive as relativas às horas subtraídas do intervalo interjornada, e seus reflexos.” (fls. 424/429, de seq. 1)

Destarte, não vislumbro afronta à literalidade dos artigos 62, I, e 74, §3°, da Consolidação das Leis do Trabalho, como exige a alínea “c” do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. É que,



**PROCESSO Nº TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão relativa à existência ou não de efetivo controle da jornada do autor, e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte, o Tribunal Regional asseverou que "restou incontroverso nos autos que o reclamante laborava externamente, longe das vistas da empregadora, não havendo fiscalização presencial da execução do trabalho" e que, "ainda que o reclamante tivesse que ligar no início e no final da jornada, tal fato não indica o controle do trabalho do autor entre esses dois horários que, repita-se sempre, era externo e longe da esfera de controle da reclamada", e que "não restou satisfatoriamente provada a existência de relatórios de viagem ou que estes consignam as jornadas integrais efetivamente trabalhadas, eis que os documentos carreados às fls. 34 e seguintes se tratam de simples registros de pesagem de carga, que não se prestam ao controle da jornada, sendo ainda que o documento de fl. 33, embora reconhecido pela preposta, retrata apenas os horários de chegada do caminhão nos clientes, não denotando o controle do tempo de deslocamento do veículo na estrada, tampouco das pausas para alimentação e outros fatos, sequer garantindo que o autor se encontrava efetivamente trabalhando durante o tempo em que permanecia nos clientes", concluindo, assim, que o reclamante está incluído na exceção prevista no artigo 62, I, da Consolidação das Leis do Trabalho. Em consequência, deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no artigo supracitado, segundo o qual não são abrangidos pelo regime de horário de normal de trabalho de oito horas "os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho".

Também não há que se falar em afronta à literalidade dos artigos 8º, 9º, e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho e 7º, XXVI, da Constituição Federal. É que o Tribunal Regional dispôs que existe e é válido instrumento coletivo firmado pelas entidades sindicais representativas das respectivas categorias em litígio na presente demanda, segundo o qual foi pactuado que seriam considerados trabalhadores exercentes de atividade externa aqueles que estiverem em exercício de sua atividade num raio superior a 30 (trinta) quilômetros do Município da sede ou filial onde foram contratados, e, *in casu*, restou



**PROCESSO N° TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

“incontroverso que o autor se insere na previsão coletiva, pois realizava serviços em raio superior a 30 quilômetros da sede da reclamada, já que o próprio obreiro pugnou pelo pagamento de diárias de viagem, as quais somente são devidas a trabalhadores que prestam serviços em tais distâncias, como se infere da cláusula 11ª da CCT de 2009/2010, à fl. 75”. Assim, o Tribunal Regional prestigiou a negociação coletiva, em observância ao preceituado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

Por fim, não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que as decisões transcritas às págs. 457/461, de seq. 1, das razões de revista, bem como a Orientação Jurisprudencial n° 332 da SBDI-1, desta Corte, são inservíveis à demonstração do dissenso. As de págs. 460/461, de seq. 1, porquanto, a teor da alínea “a”, do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, são originárias de Turma desta Corte. As demais, bem como a Orientação Jurisprudencial n° 332 da SBDI-1, desta Corte, porquanto inespecíficas, eis que não abordam a questão do autor se inserir na cláusula coletiva segundo a qual seriam considerados trabalhadores exercentes de atividade externa aqueles que estivessem em exercício de sua atividade num raio superior a 30 (trinta) quilômetros do Município da sede ou filial onde foram contratados. Aplicabilidade da Súmula n° 296, I, desta Corte.

Nego provimento.

**2 - HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

Insurge-se o agravante, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao seu recurso de revista, sustentando que logrou demonstrar violação de lei federal bem como divergência jurisprudencial. Em suas razões de recurso de revista, alegou ser devido pagamento de honorários advocatícios. Indicou violação dos artigos 389 e 404 do Código Civil e divergência jurisprudencial.

O Tribunal Regional, em relação à matéria, consignou *in verbis*:

“A teor da Súmula 219, 1, do TST, na Justiça do Trabalho; a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao



**PROCESSO Nº TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

O reclamante não preenche integralmente tais pressupostos, pois não se encontra assistido pelo sindicato, tendo optado pela contratação de advogado particular, sendo ainda que não prospera a pretensão de aplicação analógica do disposto nos 389 e 404 do novo Código Civil, pois, na Justiça do Trabalho, continua a vigorar o princípio do *jus postulandi* de modo que a contratação de advogado não é necessária para o ajuizamento de ação trabalhista e, dessa forma, não pode tal despesa ser equiparada a perdas e danos cíveis, passíveis de ressarcimento pela parte contrária.

Nada a prover neste aspecto”. (pág. 435, de seq. 1)

Destarte, não prospera a alegação de violação à direta e literal dos artigos 389 e 404 do Código Civil, como exige a alínea "c" do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. É que o Tribunal Regional verificou que não estão presentes os pressupostos da Lei nº 5.584/70, pois o autor “não se encontra assistido pelo sindicato, tendo optado pela contratação de advogado particular” e, que “na Justiça do Trabalho, continua a vigorar o princípio do *jus postulandi* de modo que a contratação de advogado não é necessária para o ajuizamento de ação trabalhista e, dessa forma, não pode tal despesa ser equiparada a perdas e danos cíveis, passíveis de ressarcimento pela parte contrária.”, pelo que indeferiu a condenação do reclamado ao pagamento dos honorários advocatícios. Nesse sentido, a decisão está em consonância com a Súmula/TST nº 219, I, a saber:

“Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)”.

Estando a decisão recorrida em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula/TST nº 219, I, não há que se falar em dissenso jurisprudencial, diante dos óbices do artigo 896, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho e da Súmula/TST nº 333.

Nego provimento.



**PROCESSO N° TST-AIRR-1994-51.2011.5.03.0040**

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para negar-lhe provimento.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento para negar-lhe provimento.

Brasília, 30 de outubro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei n° 11.419/2006)

**RENATO DE LACERDA PAIVA**

**Ministro Relator**