

HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA X ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIA Nº 332 (SDI-1) TST

*Agéssika Tyana Altomani**
*Profa. Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva***

RESUMO

Há empregados que não possuem direito ao adicional na hipótese de exercício de atividade laboral suplementar, sendo excluídos da proteção que a lei confere, diante da impossibilidade de mensurar a jornada exercida longe do poder de direção do empregador, onde se inclui o motorista. Porém este será beneficiado com as garantias previstas na jornada normal, quando se configurar alguma forma de controle de sua jornada. Assim, o tacógrafo surge, como uma possibilidade de meio de prova, capaz de aduzir o controle de jornada do motorista, embora o entendimento da Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI-1) seja em sentido contrário. A prática e as questões técnicas levam à percepção de que o tacógrafo controla múltiplas funções, podendo ser utilizado como instrumento para o controle de jornada.

Palavras-chave: Horas Extraordinárias. Motorista. Orientação Jurisprudencial. Meio de Prova. Tacógrafo.

ABSTRACT

There are some employees who don't have rights to the additiona in hypothesis of exercising the supplementary working activity, being off law protection, facing the impossibility of measuring the journey done away from the employer directional power, where the driver is included. But, this one will have the benefit with the guarantees which are provided in the normal journey when it's set up in any way to control itself. This way, the tacograph appears like a possibility of a way able to measure the driver's journey although the Legal guidance nº 332 (SDI-1) rises in opposite way. The practice and the technical questions conduct to the perception that the tacograph controls multiple functions, and can be used as a journey contro instrument.

Keywords: Extra hours. Driver. Legal Guidance. Proving Way. Tacograph.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA. 3 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 332 (SDI-1)/TST. 4 DEBATE SOBRE A APLICAÇÃO DO TACÓGRAFO COMO MEIO DE PROVA DE CONTROLE DE JORNADA. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

* Bacharel em Direito pela UNIFIL. Advogada. E-mail: agessika@hotmail.com

** Trabalho em co-autoria com Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva, mestre Direito Negocial pela UEL. Professora da UNIFIL e FACCAR. Advogada na área trabalhista. E-mail: renatacoasilva@hotmail.com.br



1 INTRODUÇÃO

Com as revoluções dos operários e as reivindicações pela busca de melhores condições de trabalho, foram sendo instituídas limitações das jornadas antes penosas e extensas, traçando o aspecto de jornada “normal” e controlada de trabalho, com o fim de conter os excessos do poder de direção do empregador, sendo extraordinário tudo aquilo que a excedia a dita jornada normal.

Do mesmo modo que se estabeleceu um controle sobre a jornada de trabalho de modo a delimitá-la, fixaram-se também as condições e hipóteses em que não seria necessário expor diretrizes sobre o tempo de trabalho, sendo denominadas jornadas não controladas, incluindo aqueles trabalhadores que exercem atividade fora do controle do empregador. O empregador poderia dispor da jornada do empregado segundo suas próprias necessidades, incluindo, como trabalhadores dessa modalidade de jornada, os motoristas.

Por inexistir controle sobre sua jornada, fica o trabalhador excluído de todas as benesses aplicadas à jornada normal de trabalho, quando esta é excedida ou excepcional, como no caso do adicional de horas extraordinárias para a jornada suplementar. Contudo, toda vez que houver a possibilidade de controle da jornada do trabalhador, será caracterizada como jornada normal, aplicando-se todos os dispositivos e garantias concernentes a ela.

Com o advento da modernidade, diferentes aparatos tecnológicos passaram a integrar a vida do trabalhador, sendo essenciais tanto para o desempenho de sua atividade laboral, como até mesmo por determinação legal. Transferindo para a realidade do motorista, diversos foram os instrumentos inseridos em sua atividade, passando alguns até a serem obrigatórios por determinação de lei, como é o caso o tacógrafo.

Atualmente, grande discussão vem se levantado nos tribunais de todo o país sobre a possibilidade de se auferir horas extraordinárias para o motorista e o meio de obter provas sobre o exercício da jornada suplementar. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) esboçou o entendimento pela Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 332 Seção de Dissídios Individuais – I (SDI-I), sobre a impossibilidade do uso do tacógrafo para se auferir o controle de jornada do motorista.

Assim, os pólos dessa discussão estão compostos pelo condutor do veículo, motorista que alega se submeter a jornadas exaustivas para o transporte de mercadorias e afins, e de outro lado o empregador, que denota ser impossível obter qualquer registro sobre a jornada prestada pelo motorista, já que este exerce trabalho externo, incompatível com qualquer forma de controle.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho fixa-se em analisar a disposição do artigo 62 da CLT no que se refere à jornada de trabalho do motorista, e vislumbrar a possibilidade de controle da jornada e as disposições e conflitos jurisprudências sobre o assunto. Analisa, entre outros aspectos, os meios de prova e a força da prova documental e do tacógrafo como meio de prova, bem como a aplicação da Orientação Jurisprudencial 332 - SDI-I/TST pelos magistrados e as razões de fato e direito que motivam demonstrar a possibilidade do tacógrafo ser ou não instrumento capaz de controlar a jornada de trabalho do motorista.



2 HORAS EXTRAORDINÁRIAS DO MOTORISTA

Quanto à jornada de trabalho, define Delgado (2009, p. 427) como sendo o “lapso temporal diário em que o trabalhador presta serviços ou se coloca a disposição total ou parcial do empregador”. Destaca ainda o autor que uma jornada de trabalho, efetivamente prestada, sugere um mínimo de controle e fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade diante do empregador. Por sua vez, o trabalho, exercido sem um controle mínimo do tempo laborado pelo empregado, torna-se insuscetível de auferir a prestação de horas além da jornada normal.

Nesse sentido a CLT determina no art.62 as atividades laborais que são incompatíveis com controle de jornada, conseqüentemente, não se aplicando nenhum dos institutos previstos no capítulo da “duração do trabalho”. Ao elencar no inciso I, os trabalhadores que exercem “atividade externa” remeteu a inclusão do motorista neste rol.

Denota-se que, quanto ao termo “incompatibilidade” afixado no artigo 62, I, da CLT, trata-se de incompatibilidade física de se ter acesso ao trabalho exercido pelo empregado, por se encontrar em distâncias remotas (empregador e empregado) ou simplesmente pela natureza da atividade exercida pelo empregado, sendo ela de natureza dinâmica. Mas, principalmente, a incompatibilidade não se supre pela ausência de interesse do empregador em realizar o controle da jornada (SILVA, 2009, p. 92).

Preliminarmente, cumpre destacar o que se entende por jornada não controlada. Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 813) expõe em sua obra de forma elementar as características dessa jornada, sustentando que a efetiva jornada de trabalho supõe um mínimo de controle e fiscalização do empregador:

84

o critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição real da jornada laborada pelo obreiro – por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição de prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.

Ou seja, a atividade externa, exercida pelo obreiro, impede ou torna incompatível a fixação de horário de trabalho. Nesse sentido, como bem observa Valentin Carrion (2007, p.120) “o que caracteriza este grupo de atividade é a circunstância de estarem todos fora da permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade a empresa”.

O Art.62, inc. I da CLT, em sua redação, não define de forma taxativa quais os empregados que estariam excluídos da proteção legal que o capítulo confere (ex: horas extras). Só dispõe que são os que “exercem atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho”. Logo, é perfeitamente possível enquadrar nessa condição qualquer empregado, por ser um dispositivo genérico. Ressalta Sergio Pinto Martins (2009, p. 496) que “estão incluídos nesse conceito os carteiros, os motoristas em geral, como os de caminhões, de carretas, de ônibus etc., que têm atividade externa ou fazem viagens”, tendo em vista a natureza de sua atividade compatível com o direcionado na lei.

O dispositivo, supra citado, também impõe uma condição objetiva, o registro, na CTPS, da não-observância de horário de trabalho e também no livro ou ficha de registro de empregados.

Um aspecto sobre a própria interpretação do art.62 da CLT e seus incisos é que, embora ele não determine quais são os sujeitos passíveis de serem enquadrados em suas



diretrizes, esta deve se dar de forma restritiva, pois trata-se da própria hipótese de restrição de direitos. Assim, não há de servir de analogia ou qualquer outra técnica de interpretação extensiva para sua aplicação ao caso concreto, devem ser observados os requisitos indispensáveis que a lei impõe.

O destaque a ser dado, no que refere à aplicação restrita desse artigo, é que ele comporta exceções. Desse modo, expõe Alice Monteiro de Barros (2009, p. 680):

estão excluídos do capítulo sobre duração do trabalho os empregados que exercem atividade externa, incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS do obreiro e no registro de empregados (art.62, I da CLT). Ressalta-se, todavia, que, se o empregado embora exercendo função externa, estiver sujeito a controle de jornada, como por exemplo, por meio de tacógrafo e de rotas previamente conhecidas, com previsão da duração das viagens, a jurisprudência tem-se orientado no sentido de autorizar o pagamento de horas extras.

A exigência de anotação na CTPS e no livro de registro de empregados leva a discussão se a formalidade é exigida pela constituição do ato ou para constituição probatória. Parece coerente o entendimento de que a anotação e o registro constituem apenas elementos probatórios e não a própria essência do ato. Sob essas perspectivas, a prova em contrário pode ser aceita para a construção do ato (GARCIA, 2009, p. 754).

Homero Batista Homero da Silva (2009, p. 92) elenca o que deve constituir para se vislumbrar a temática do exercício da atividade externa incompatível com o controle de jornada:

- a) verdadeiramente incompatível com controle de jornada, no sentido de impossibilidade física;
- b) a fiscalização pode ser exercida pelo empregador por diversas formas que não apenas o controle escrito, lidando-se neste campo com um vasto conjunto de indícios e presunções;
- c) o comparecimento do empregado as dependências físicas do empregador é irrelevante, pois não há diversas outras maneiras de fiscalização de sua conduta;
- e) o impacto dos meios eletrônicos de telecomunicações e de rastreamento de produtos e serviços revolucionaram a interpretação do art.62, particularmente em atividades de deslocamento remotos, como o motorista carreteiro;

85

Desse modo, quando houver um efetivo controle da atividade mesmo que externa, o trabalhador será excetuado da condição do art.62, I da CLT, e, desde logo, ser-lhe-ão aplicadas todas as condições do capítulo de jornada de trabalho. Partilha do entendimento Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 813),

cria-se aqui na CLT apenas uma presunção – a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, a regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: presunção jurídica... e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob o ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle do cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes a duração do trabalho.



Elencam-se, como possíveis meios de controle de jornadas, as situações:

- a) jornadas que comecem e ou terminem nas dependências da empresa, para retirada e devolução do veículo, ferramentas e trabalho, material de divulgação ou prestação de contas, ainda o tempo gasto na rua não tenha sido controlado diretamente;
- b) fixação de roteiros de visitas ou de outros compromissos;
- c) quantidade mínima de visitas ou procedimentos a ser efetuado em determinado dia, somente se autorizando a postergação de alguma delas para o dia seguinte em caso de força maior;
- d) entrega de ordem de serviço para o empregado ou sua equipe cumprir necessariamente naquele dia;
- e) fixação de metas ou cotas com base em contatos efetuados;
- f) controle de quilometragem rodada em veículo do próprio empregado ou fornecido pelo empregador;
- g) uso intensivo dos meios de comunicação, cada vez mais generalizados, desde simples aparelhos de telefonia celular até mecanismos mais sofisticados de contato remoto, graças a microinformática (SILVA, 2009, p.92).

Acrescenta-se ainda o que assevera Saad (2007, p.155), “quando a empresa organizar um sistema de fiscalização desse trabalho externo e fixar a duração do trabalho, então aqueles empregados serão protegidos por todas as disposições do capítulo da CLT dedicado a duração do trabalho”.

86

Destaca-se também que o controle de jornada não é demonstrado necessariamente pelo comparecimento do trabalho na empresa, seja ao longo do dia ou uma vez por dia. Assim, será perfeitamente possível aferir ao motorista horas extraordinárias, bem como qualquer outra benesse, tratada no capítulo de “duração da jornada”, desde que seja possível conferir a jornada exercida pelo trabalhador, ou seja, ser constatado o controle da jornada de trabalho.

3 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 332 (SDI-1)/TST

João de Lima Teixeira Filho (2002, p.164) salienta, em sua obra sobre as orientações jurisprudenciais, que elas podem ser tidas como “quase-enunciados”, e que o Tribunal Superior do Trabalho passou a editar por intermédio de sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, internamente dividida nas Subseções 1 e 2. “Estágio que precede à edição do Enunciado”, enunciados, aqui, devem ser entendidos como súmulas, tendo em vista a mudança de nomenclatura. As orientações objetivam consubstanciar o entendimento do tribunal, de certo forma, fixando o entendimento jurisprudencial. Assim, as orientações são espécies de jurisprudência, juntamente com as súmulas. Porém, as orientações jurisprudenciais não possuem caráter definitivo e nem tão amplo como as próprias súmulas.

Outra diferença que pode ser elencada quanto a esses dois institutos é que a súmula emerge da discussão do pleno, enquanto a Orientação Jurisprudencial da comissão (OLIVEIRA, 2007).

As orientações emanam dos tribunais, são transitórias e emergem de questões controvertidas, debatidas pelo órgão, as quais o tribunal pretende expor seu entendimento, após decisões reiteradas. Visam a sua aplicação em casos posteriores, que tragam a mesma complexidade, e temática abrangida pela orientação. Discussão comum reside no aspecto de serem



consideradas como caráter de normatização ou não.

A orientação e súmula diferem da súmula vinculante. Esta nasce do Judiciário que possui força de lei por determinação da própria Constituição Federal, vinculando o Poder Judiciário e o próprio Poder Executivo, bem como a aplicação do entendimento do STF aos demais casos que tenham a mesma matéria (GARCIA, 2009, p.59). A orientação jurisprudencial, por sua vez, expressa apenas o entendimento do tribunal, e, mesmo sendo ele de caráter superior, não há vinculação obrigatória dos demais tribunais.

A Constituição Federal não estabeleceu limites para o exercício desse poder dos Tribunais de consolidar seus entendimentos através das orientações jurisprudências e súmulas. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que esse poder normativo é limitado, pois senão poderia estar ferindo a cláusula pétreia da separação dos poderes. Porém os Tribunais Regionais Trabalhistas não têm obedecido à orientação do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, fixou-se a orientação jurisprudencial nº 332 pela Seção de Dissídios Individuais – I (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, referente ao motorista e à possibilidade de constatar o exercício de jornada suplementar mediante o tacógrafo:

OJ nº 332 – SDI-1/TST: Motorista. Horas Extras. Atividade Externa. Controle de Jornada por Tacógrafo. Resolução nº 816/86 do CONTRAN. O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa.

O intuito da Orientação Jurisprudencial, conforme Cristina Peduzzi (2005) é preconizar a interpretação de que “a SDI-1 adotou o entendimento no sentido de que o uso do instrumento eletrônico chamado tacógrafo não importa em presunção de controle da jornada do empregado. No entanto, importante ressalva foi instituída: o controle de jornada do motorista pode ser realizado por outros meios, sejam recursos humanos ou eletrônicos”.

O que se pretender debater é sobre a coerência do entendimento exposto pela OJ nº 332 (SDI-1)/TST, em determinar que o tacógrafo não é instrumento passível para o controle da jornada do motorista.

4 DEBATE SOBRE A APLICAÇÃO DO TACÓGRAFO COMO MEIO DE PROVA DE CONTROLE DE JORNADA

Nota-se que muitos são os indícios que desconfiguram o exercício de atividade externa, incompatível com controle de jornada. Já que além das provas documentais são exigíveis todos os tipos de provas legalmente previstas para a afirmação da existência de controle de jornada, bem ressalta Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 94) ao assinalar que “não se trata meramente de observar controle escrito de jornada, pois são válidas todas as formas de controle visual”, perfeitamente aplicável ao motorista.

O motorista foi, por muito tempo, considerado o exemplo de trabalhador em exercício de jornada externa, aliado ao fato de que, para considerar o motorista sujeito a controle de jornada, era necessário que a empresa impusesse duração máxima do percurso, pausas obrigatórias em determinados pontos especificados pela empresa, a exigência de contato telefônico com a empresa e outros. Porém, com a modernidade, mesmo que o motorista não se sujeite a um horário a ser cumprido à entrega da coisa, os meios eletrônicos que o veículo possui permite facilmente o controle de jornada. De mesmo modo, é improvável que o motorista esteja privado de



comunicação em tempo real com o seu local de partida ou de chegada (SILVA, 2009, p. 95). E justamente neste ponto da incidência dos meios eletrônico e/ou mecânico é que o tacógrafo surge.

O entendimento jurisprudencial no país é numeroso no sentido de considerar o tacógrafo como equipamento exclusivo para o controle de velocidade. Logo, inapropriado para o controle de jornada do trabalhador.

No Tribunal Regional do Paraná, o entendimento expõe que:

MOTORISTA RODOVIÁRIO - TRABALHO EXTERNO - ART. 62, I, DA CLT - TACÓGRAFO. A existência de disco de tacógrafo, desacompanhada de outros elementos probatórios, não se constitui em prova de monitoramento de horário de labor, conforme pacificado pela OJ 332 da SDI-I do C. TST. A rigor, o instrumento do tacógrafo se presta exclusivamente a atender exigência legal, viabilizando, tão-somente, a averiguação do movimento mecânico do veículo, sem possibilitar sequer a identificação do trajeto cumprido. O fato de o veículo estar em movimento não significa que o motorista esteja trabalhando. A simples constatação de que, em algumas oportunidades, o Autor informou nos manifestos de carga os horários de início e término da viagem não comprova que a Ré mantivesse controle da jornada efetivamente desenvolvida. A aposição de horários nos documentos afetos à carga transportada apenas comprova o horário em que isso se deu, mas não a fiscalização dos horários em que o Autor laborou. Recurso a que se nega provimento. TRT-PR-04076-2007-892-09-00-3-ACO-09441-2009 - 4A. TURMA Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI Publicado no DJPR em 30-03-2009.

88

MOTORISTA - AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 62, I, DA CLT. O ônus da prova acerca do controle da jornada de trabalho cumprida pelo motorista de caminhão é do trabalhador, não se prestando para esta finalidade o tacógrafo ou equipamento similar, porque este se destina a aferir a velocidade do veículo e não o tempo à disposição do empregador. Não restando demonstrada a hipótese de fiscalização de jornada pelo empregador, a contratação do motorista sob a forma prevista no artigo 62, I, da CLT prevalece, porque corresponde à realidade fática da atividade exercida, incompatível com a fixação de jornada de trabalho. Recurso da reclamada a que se dá provimento. TRT-PR-13431-2006-005-09-00-2-ACO-05438-2009 - 1A. TURMA. Relator: BENEDITO XAVIER DA SILVA. Publicado no DJPR em 17-02-2009

O Tribunal Regional da 15ª Região, também possui entendimento semelhante:

MOTORISTA. TRABALHO EXTERNO. TACÓGRAFO. HORAS EXTRAS INDEVIDAS. O simples fato de existir tacógrafo instalado no veículo da empresa utilizado pelo reclamante não implica em considerar que havia controle de jornada pelo empregador, eis que tal equipamento decorre de exigência prevista na legislação de trânsito, com a finalidade de averiguar a velocidade empreendida pelo veículo, tanto que a jurisprudência predominante entende que os registros de tacógrafos não são elementos probatórios capazes de demonstrar fielmente a jornada praticada pelo motorista. Portanto, inexistindo fiscalização da jornada do motorista, as horas extras são indevidas. Recurso conhecido e não provido (TRT.15ª REGIÃO - Relator(a): LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS. Decisão Nº 051056/2001).



Denota-se pela análise dos julgados que os argumentos aludidos baseiam na máxima da existência da Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI-1)/TST que determina o tacógrafo não ser instrumento capaz de assegurar o controle de jornada.

Acrescenta-se, ainda como argumento, que:

não constitui meio de prova hábil a prova de jornada de trabalho o rastreador. Estes equipamentos se prestam apenas a fazer registro dos movimentos do veículo e como este pode ou não ser de uso exclusivo do empregado, desmorona-se a segurança da sua eficácia probatória (TRT/SP RO nº 01022.2007007.02.00-5 Relatora: Maria da Conceição Batista).

Denota-se que a existência do tacógrafo não presume controle de jornada, já que o aparelho não pode ser equiparado a cartão ponto, e sua finalidade é meramente o controle das condições do veículo. Contudo, a máxima está atrelada ao fato de que o tacógrafo é apenas instrumento para fiscalizar a velocidade, não podendo ser atribuído função divergente a ele. Diante de tais afirmativas, leva-se a remeter sobre o funcionamento do equipamento tacógrafo.

O tacógrafo, como meio de prova, compreende-se entre as provas documentais de natureza privada. Pode ser compreendido entre as reproduções mecânicas (a exemplo da fotografia, películas cinematográficas e outras) que têm sido largamente aceitos como meio de prova no Direito do Trabalho. Como salienta Manoel Teixeira Filho (2003, p. 301), a força probante dessas produções está “condicionada a que a parte contra quem foram produzidas aceite a sua conformidade com os fatos e coisas representados”, conforme disposição do art.383, caput, CPC. Além da admissibilidade da prova em juízo, importante é que preserve os requisitos de legalidade e moralidade na sua própria produção.

Em termos legais, foi instituída a Resolução n.º 92 , de 4 de maio de 1999, do Conselho Nacional do Trânsito, e dispõe sobre requisitos técnicos para o registrador de velocidade e tempo, denominado também de tacógrafo, e determina em seus dispositivos:

Art. 1º O registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo pode constituir-se num único aparelho mecânico, eletrônico ou compor um conjunto computadorizado que, além das funções específicas, exerça outros controles.

Art. 2º Deverá apresentar e disponibilizar a qualquer momento, pelo menos, as seguintes informações das últimas vinte e quatro horas de operação do veículo:

- I. velocidades desenvolvidas;
- II. distância percorrida pelo veículo;
- III. tempo de movimentação do veículo e suas interrupções;
- IV. data e hora de início da operação;
- V. identificação do veículo;
- VI. identificação dos condutores;
- VII. identificação de abertura do compartimento que contém o disco ou de emissão da fita diagrama.

Parágrafo único. Para a apuração dos períodos de trabalho e de repouso diário dos condutores, a autoridade competente utilizará as informações previstas nos incisos III, IV, V e VI.



De mesmo modo, o art.105, II do CTB trata do tacógrafo como instrumento obrigatório para “veículos de transporte e de condução escolar, os de transporte com mais de 10 lugares e os de carga com peso bruto total superior a quatro mil, quinhentos e trinta e seis quilogramas”.

Quanto à mecânica do equipamento, em pesquisa de campo realizada, verificou-se que o tacógrafo, como a própria lei elenca, é um aparelho de registro de velocidade, tempo e espaço percorrido. Há outros modelos que também podem fornecer e captar a rotação do motor do veículo. É acoplado ao próprio velocímetro, por ser obrigatório após a edição da lei, motivo pelo qual os veículos possuem o aparelho originário da própria fábrica. Para os demais, adaptações foram feitas para suprir a exigência legal.

As informações do equipamento são armazenadas em discos diagramados de papel. E no tacógrafo mecânico, as informações são grifadas neste disco através de agulhas de impressão. Uma agulha para cada dado fornecido pelo equipamento, ou seja, o tempo, a velocidade e o percurso. Importante destacar que os discos de informação podem ser para o prazo de 7 (sete) dias, este composto por 7 (sete) discos de 24 (vinte e quatro) horas cada, que são automaticamente substituídos, após decorrido o dia (24 horas), e ainda há o disco único de 24 (vinte e quatro) horas.

O equipamento, como já mencionado no formato do próprio velocímetro, indica a velocidade, com iluminação quando a velocidade for ultrapassada, horário do relógio, para a verificação do tempo despendido pelo motorista; a distância percorrida através da indicação da própria quilometragem – quilômetros percorridos e também, alguns equipamentos possuem a possibilidade de registro de troca do motorista indicado por numeração distinta.

90

Destaca-se ainda a obrigação legal da identificação da quilometragem inicial e final do percurso percorrido, bem como o próprio nome do motorista em cada disco de informação. Ainda, há os equipamento que permitem a indicação da troca de motorista ao longo do percurso, sendo acionado o dispositivo, seja do motorista 1 ou motorista 2, o aparelho indica no própria marcação do disco qual o motorista que percorreu cada distância, bem como o tempo gasto. Também deverão constar no disco a data de início da jornada e a placa do veículo, não só por indicação do fabricante do aparelho, conforme pode ser observado nos manuais técnicos, mas também por determinação legal, já que a própria Resolução nº 92/99, que institui a obrigatoriedade do tacógrafo, inclui a necessidade de indicação da identificação do veículo.

Observa-se que, com essas informações, o tacógrafo, quando utilizado da forma que a lei determina, não apenas delimita a jornada executada pelo motorista, como também individualiza as informações, com a exigência de sua identificação.

Evidente que o aplicador do direito peca ao não considerar as condições técnicas que o aparelho possui. Logicamente que sua função é unicamente conhecer o direito; porém, perícia, como meio de prova em direito admitido, possivelmente identificaria os dados fornecidos pelo equipamento. Desse modo, o tacógrafo, como qualquer outro meio de prova, pode ser acrescido de outras formas de controle, entretanto não está vinculado a esses meios como determinante de sua eficácia.

A própria exposição de motivos da Resolução nº 92/99, que implementa o tacógrafo, dispõe: “Considerando que o uso e a fiscalização do tacógrafo contribuem para a redução do número de acidentes, seja pelo controle exercido sobre a velocidade imprimida ao veículo, seja pelo controle do tempo contínuo de direção e do período de repouso diário do condutor”.

Denota-se que, mais do que a fiscalização da velocidade efetuada pelo condu-



tor no veículo, o intuito também era apreciar a sua jornada, pleiteando a possibilidade de repouso. Assim, perfeitamente é admissível o tacógrafo, quando respeitado sua condição legal de existência, ser meio capaz para o controle de jornada.

Favoráveis ao uso do tacógrafo como meio de prova para se constatar o controle de jornada, alguns magistrados se colocam de forma significante em posição de vanguarda. Expõe o Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Paraná:

HORAS EXTRAS. MOTORISTA. COMPUTADOR DE BORDO. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA JORNADA. A exemplo do tacógrafo, o sistema de rastreamento por satélite também é considerado instrumento capaz de permitir ao empregador a fiscalização da jornada praticada pelos motoristas. Não é razoável supor que, mesmo com a possibilidade de aferir os horários de início e término da viagem, duração, distância percorrida e paradas, o empregador se limite a utilizar o monitoramento eletrônico para controle de segurança do motorista, do veículo e da carga. O enquadramento no art. 62, I, da CLT, só é possível quando não haja qualquer possibilidade de controle da jornada. Recurso do autor a que se dá provimento, para condenar a ré ao pagamento de horas extras. TRT-PR-01036-2007-096-09-00-0-ACO-16783-2009 - 2A. TURMA. Relator: MARLENE T. FEVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DJPR em 02-06-2009

De forma ainda mais inusitada, a decisão do Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros do Tribunal Regional de São Paulo:

MOTORISTA. CONTROLE DE JORNADA. TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 92/99 DO CONTRAN. HORAS EXTRAS RECONHECIDAS. O tacógrafo é o instrumento registrador, instantâneo e inalterável, de velocidade e tempo, que permite apurar não só a velocidade do veículo, mas também toda a atividade do motorista, distância percorrida, data e hora do início do transporte, de forma diária, o que o torna hábil à caracterização do controle do horário efetivamente cumprido pelo empregado. Embora se trate de equipamento obrigatório de segurança, consoante dispõe o artigo 105 do Código Nacional de Trânsito, o tacógrafo permite sim, a aferição de jornada, conforme explícita a Resolução nº 92, de 4 de maio de 1999, do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), em seus artigos 1º e 2º (“Parágrafo único. Para a apuração dos períodos de trabalho e de repouso diário dos condutores, a autoridade competente utilizará as informações previstas nos incisos III, IV, V e VI”), dirigindo-se o comando desta norma, não apenas às autoridades de trânsito mas também às autoridades trabalhistas, às quais incumbe fiscalizar o cumprimento de normas de ordem pública que velam pela limitação de jornada e horário de repouso do trabalhador. Destinando-se pois, ao controle da atividade do motorista, inclusive quanto aos seus períodos de trabalho e de repouso, e estando o tacógrafo, in casu, associado a outras formas de acompanhamento da atividade pelo empregador, afasta-se a incidência do art. 62, I, da CLT, restando devidas ao caminhoneiro às horas extras e reflexos. Recurso a que por maioria se dá provimento, no particular. TRT/SP - 01928200501602009 - RO - Ac. 4ªT 20080261250 - Rel. RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS - DOE 18/04/2008.

Além de utilizar as informações fornecidas pelo tacógrafo para comprovar sua veracidade como meio probante para configurar o controle de jornada pelo empregador, refere-se ao parágrafo único do artigo 2º da Resolução 92/99 que dispõe que “para a apuração dos períodos de trabalho e de repouso diário dos condutores, a autoridade competente utilizará as informações previstas nos incisos III, IV, V e VI”. Entende, desse modo, o magistrado que a norma exige um



comando também para o juiz do trabalho, para que este utilize as informações fornecidas pelo instrumento para vislumbrar a jornada percorrida pelo motorista.

Ainda, há aqueles que sobrepõem o argumento de que o disco do tacógrafo pode não ser utilizado pelo empregador com o intuito de apreciar a jornada efetuada pelo motorista. Porém, o que deve ser vislumbrado é que a informação estava disponível para esse fim. Expõe Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 95) que:

Ao estabelecer que a atividade externa deva ser efetivamente incompatível com o controle de jornada para decair do direito às horas suplementares e demais títulos, o art.62, I, deixou claro que o ponto central é a impossibilidade do controle e não o desinteresse do empregador ou sua desconsideração. Logo, o controle em potencial ou em tese já é o bastante para afastar a regra do art.62, ou seja, já é o bastante para considerar o empregado sujeito a alguma forma de controle de jornada – ou passível de ser.

Brilhante exposição do doutrinador, levando em conta a própria realidade fática da jornada do motorista, pois, em que se pese o tacógrafo ser meio hábil para o controle, o empregador deixa de assim considerá-lo com o intuito de não configurar a hipótese de jornada controlada, fora da disposta no art.62, I da CLT. Desse modo, com o controle o motorista faria jus às horas suplementares e o adicional de hora extra, que, atrelado à jornada exaustiva que o motorista se submete, ensejaria em remuneração, não gerando lucro desejado pelo empregador.

Além de que esta “faculdade” do empregador em realizar ou não o controle de jornada de trabalho do motorista, reflete, novamente, a interpretação extensiva o instituto que possui natureza peculiar e não geral. “Normalmente as empresas que mais se apegam na discussão da aplicação do art.62, I, são justamente aquelas cujas atividades não são cabíveis dentro das oito horas, o que é sintomático” (SILVA, 2009, p.96).

92

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais entende que:

MOTORISTA DE CAMINHÃO HORAS EXTRAS TACÓGRAFO. Não obstante o tacógrafo sirva, originariamente, para controlar a velocidade do veículo, na qualidade de equipamento de segurança, ou para viabilizar a racionalização do uso da frota, permite, de igual sorte, a aferição de jornada, ao menos no tocante ao tempo de andamento do veículo. Sobre esse tempo de andamento, há possibilidade de o empregador exercer controle, sendo devidas as horas laboradas em sobrejornada nesse tempo. TRTMG. Decisão: 19. 06. 2002, RO 01702-2001-027-03-00; 4ª Turma; Relator: Juiz Maurício José Godinho Delgado.

Enfim, o tacógrafo é meio de prova válido, não só em seu conteúdo, quanto em sua origem que é lícita e privada, para aplicação no processo do trabalho, de modo relevante para se auferir a jornada de trabalho do motorista.

Além do aspecto técnico que envolve a possibilidade de se determinar o controle da jornada de trabalho do motorista fazendo jus a todas as proteções legais que a jornada normal de trabalho possui, relevante é considerar a situação fática e social. A necessidade de se estabelecer limite na jornada de trabalho do motorista, consequentemente, recaindo sobre este os benefícios e garantias que a jornada de trabalho controlada expõe, é questão pública e deve ser valorada também pelo aplicador da lei, pois a lei é aplicada para a sociedade e cresce na própria essência da sociedade.



Importante é considerar o tacógrafo como meio de prova, de modo que diversos Projetos de Lei – PL nº 1459/2007, 3029/2008, nº 3783/2004, em trâmite na Câmara dos Deputados e o Congresso Nacional, dispõem sobre a reforma do art.62 da CLT e a inclusão do tacógrafo como instrumento para de auferir a jornada.

Exemplo que pode ser elencado é a proposta de nova redação nº 3783/2004:

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, desde que tal condição seja obrigatoriamente anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

§ 1º O regime previsto neste capítulo será aplicável:

I - aos empregados mencionados no inciso II do *caput* deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento);

II - aos motoristas e cobradores, que desenvolvam trabalho externo com rota determinada ou pela quilometragem dos veículos usados para o trabalho. (NR)

§ 2º - *No caso de empregado motorista como também do cobrador, o disco tacógrafo poderá servir como meio de controle de jornada.*”

Embora se trate apenas de P.L., e propostos por diversos partidários, inequívoca é a necessidade de se abordar a questão, seja por criação de nova legislação para pacificar a controvérsia, seja por aplicação hipotética no caso concreto, pelo intérprete. Um dos pontos da justificativa do legislador foi que:

93

A limitação da jornada de trabalho é uma das mais importantes conquistas do trabalhador. Jornadas estendidas e ilimitadas, além de um atentado à saúde e higiene do trabalho, constituem uma diminuição indevida e intolerável à remuneração devida ao empregado, já que geralmente excluem o pagamento de horas extras.

O art. 62 da CLT, que ora se altera, insere compreensíveis exceções ao regime geral de jornada de trabalho, em função da impossibilidade de aferir-se com segurança a duração do trabalho prestado. Entre as exceções legais está o trabalho externo intrinsecamente incompatível com o controle de jornada.

Todavia, esse dispositivo gerou abusos em relação aos empregados em trabalho externo, sujeitando-os a jornadas estafantes, sem pagamento de horas extras.

A jurisprudência e a doutrina dedicaram-se a construir os marcos precisos para delimitar os meios indiretos de controle e determinar o pagamento das horas extras. Sendo pacificada a questão entre os operadores do direito, cabe à Lei incorporar esses elementos de controle de jornada do empregado em trabalho externo e garantir-lhe a proteção conferida aos demais empregados.

Por ser socialmente justo e juridicamente necessário conferir tratamento isonômico a esses empregados, apresentamos este Projeto de Lei e conta-



mos com o apoio dos nobres parlamentares para a sua aprovação (P.L. nº 3783/2004)

Ou ainda, a justificativa exposta no P.L. 3029/2008:

a rotina de trabalho desenvolvida na condução de caminhões, além de incompatível com os graus mínimos de proteção do trabalho adotados pela Constituição Federal e pela CLT, está por trás das elevadas estatísticas de acidentes com caminhões e de uma sensível piora nas condições de saúde dos caminhoneiros.

São muitos, e assustadores, os casos de alcoolismo, depressão, doenças cardiovasculares, obesidade, dependência química, diabetes, entre outras doenças que acometem os trabalhadores da categoria, sejam autônomos, sejam empregados. Se nada for feito para enfrentar essa situação, o quadro só tende a piorar, com grande prejuízo não só para os trabalhadores, como também para os demais usuários das rodovias, para as empresas e para os órgãos de saúde e de seguridade social. Trata-se de uma questão que interessa a todos.

Para enfrentar o problema, propomos o presente Projeto de Lei que altera a CLT para estabelecer parâmetros e formas de controle da jornada externa dos caminhoneiros. Como a CLT só alcança os caminhoneiros empregados, entendemos ser necessário criar, por meio de alteração no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, um balizamento próprio aplicável a todos os caminhões em circulação na rodovias brasileiras, atingindo, portanto, os caminhoneiros autônomos. As alterações propostas no CTB tipificam condutas exigidas dos caminhoneiros para circular nas rodovias, impondo-lhes um tempo máximo de condução contínua do veículo e pausas para descanso. Tal medida impõe também formas de controle da jornada do caminhoneiro e dá às autoridades de trânsito o instrumento necessário para fiscalizar o cumprimento das normas e aplicar sanções, se necessário (P.L. 3029/2008 – Vital do Rego Filho).

O que se verifica é que mais do que limitar a jornada de trabalho, o reflexo da aceitação do tacógrafo como meio de prova é transportado diretamente para o contexto social, como também se volta à preservação dos direitos sociais e fundamentais do motorista, sob pena de se remeter à época da história em que o trabalhador era submetido a jornadas desumanas e exaustivas em nome da “mais-valia”.

5 CONCLUSÃO

Sobre o tema, verificou-se que o entendimento é que o motorista integra a modalidade de jornada não controlada, assim denominada, tendo em vista a natureza da atividade exercida pelo obreiro que se configura como externa, incompatível com o controle de jornada pelo empregador, aquela efetivamente fora do alcance patronal, conforme determina a própria CLT. Como consequência, não se aplica a determinações do capítulo que regulamenta a duração do trabalho, não fazendo jus a adicional de horas extras. Porém não incidirá sobre o motorista as restrições que a CLT impõe para o exercício de atividade externa, quando, de algum modo, o empregador puder realizar o controle da jornada, seja por intermédio de relatórios, imposição de duração máxima de percurso, ou por meios eletrônicos, a exemplo do tacógrafo, por ser este um instrumento de uso obrigatório em determinados veículos.

Parte da jurisprudência fixou-se no sentido de não admitir o tacógrafo, por si só, como controle de jornada, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 332 (SDI-1) TST, sob o

argumento de que o equipamento permite apenas obter informações quanto a velocidade percorrida, e o tempo de percurso. Contudo, a orientação jurisprudencial não tem força de lei, e nem se caracteriza como fonte do direito, apenas trata da exposição do entendimento daquele tribunal sobre a temática, não vinculando nenhum outro tribunal a obrigatoriedade de decisão em mesmo sentido.

Diante de uma análise técnica e da própria legislação, o que se vislumbra é um posicionamento divergente, pois, mais do que aferir a velocidade, o equipamento identifica a distância percorrida, o tempo de movimentação do veículo, e do mesmo modo suas interrupções, a data e hora do início da jornada e ainda é necessária a identificação do condutor. Assim, o disco do tacógrafo que armazena essas informações, é meio de prova idôneo para figurar como controle da jornada do motorista.

A legislação que impõe a obrigatoriedade do tacógrafo impõe que para a apuração de trabalho e repouso diário do condutor, poderá a autoridade competente fazer uso das informações constantes no disco. Assim, torna-se concreto e evidente a possibilidade de utilização do tacógrafo não apenas como controle de jornada, mas também possibilita, consequentemente, a garantia dos demais direitos ao motorista, como a hora extraordinária diante da jornada suplementar.

Por fim, alguns magistrados têm tido a posição de vanguarda e acertada em conferir hora extraordinária ao motorista, quando esta é configurada pelo controle realizado pelo tacógrafo. Mais do que mera aplicação do direito, o intérprete realiza a garantia de direitos fundamentais ao motorista como a própria dignidade, e principalmente um trato para com toda a sociedade ao acolher o controle, zelando pela garantia de uma jornada de trabalho que respeita as condições psicológicas e físicas do indivíduo.

95

REFERÊNCIAS

AFONSO, Rosilaine Aparecida Balbo. **Horas extraordinárias na jornada de trabalho**. 2000. 64 f. Monografia (Conclusão do Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Curitiba: 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed., São Paulo: Ltr, 2009.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Um estudo crítico sobre as fontes do direito do trabalho no Brasil e sua aplicação**. Disponível em: <<http://www.prt22.mp.t.gov.br/artigos/trabmare8.pdf>> Acesso em: 01 out. 09.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed., São Paulo: Ltr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo:

Método, 2008.



GIGLIO, Wagner D.; CORREA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. atual. José Augusto. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALES, Odonel Urbano; MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Duração do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed., São Paulo: Ltr, 2009.

MARQUES, Gérson. **Processo do trabalho anotado: CLT e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: serie fundamentos jurídicos**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito processual do trabalho**. 29. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito do trabalho**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Comentários a CLT**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

96 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01702.2001.021.03.00. Partes: Furbino de Lima Soares X Tranposrte Ceam**. Relator: Mauricio Jose Godinho Delgado. 06.07.02. Disponível em: < www.mg.trt.go.v.br/>. Acesso em: 03 jul. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

OJ 322 do TST não afasta direito de motorista às horas extras. **Correio Forense**. Brasil, 27/05/2005. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/5996/titulo/OJ_322_do_TST_ao_afasta_direito_de_motorista_as_horas_extras.html>. Acesso em: 14 maio 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de Oliveira. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 40, 30/04/2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1776>. Acesso em: 03 jul. 09.



PEREIRA, Luiz Fernando. A análise da prova no processo do trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 79, 20 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4231>>. Acesso em: 06 jul. 09.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho**: comentada. 40. ed. São Paulo: Ltr, 2007

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed., São Paulo: Ltr, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01928.2005.016.02.00-9. Partes: José Correia de Souza X Indústria de Produtos Alimentícios Piraque**. Relato: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 07 maio 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: jornadas e pausas, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOUZA, Robson. **Fontes do direito do trabalho**. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/labor-law/504615-fontes-direito-trabalho>>. Acesso em: 13 set. 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed., São Paulo: Ltr, 2002, v.1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed., São Paulo: LTr, 2003.

