



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

ACÓRDÃO
(1ª Turma)
GMARPJ/lbp

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Verifica-se que, na hipótese, a entrega jurisdicional foi completa, clara e motivada, ainda que de maneira contrária aos interesses da parte autora, se atendo o julgador às questões efetivamente relevantes ao deslinde da controvérsia.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. HORAS EXTRAS. "OLHEIRO" DE CLUBE DE FUTEBOL. TRABALHO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA.

1. O agravante busca um reenquadramento jurídico dos fatos consignados no acórdão regional e não revolvimento ou reexame de provas, o que afasta o óbice da Súmula nº 126 deste Tribunal Superior do Trabalho.

2. Não se vislumbra, entretanto, que a decisão regional tenha cometido equívoco no enquadramento jurídico dos fatos provados.

3. O Tribunal de origem, amparado no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que a função exercida pelo autor (Olheiro de clube de futebol), além de ser externa, não permitia ao



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

empregador a fiscalização da sua jornada diária.

4. É fato incontroverso que o olheiro “*viaja pelo país para fazer avaliação de atletas nas categorias pré-mirim até juniores*” e, como avalia atletas externos, não precisa acompanhar, necessariamente, todos os treinos internos.

5. Desse modo, não se divisa a apontada violação do art. 62, I, da CLT, tampouco há se falar em contrariedade à Súmula n.º 338, I, do TST, inconciliável com a hipótese ora retratada, que denota impossibilidade fiscalização de jornada.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081**, em que é Agravante **ALMIR SANTOS DOS REIS** e Agravado **CLUB DE REGATAS VASCO DA GAMA**.

Trata-se de agravo de instrumento em que se pretende ver admitido o trânsito do recurso de revista interposto em face de decisão publicada na vigência da Lei n.º 13.015/2014.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 95, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

A parte ré apresentou contraminuta e contrarrazões.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade recursal, pertinentes à tempestividade e à regularidade de representação, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo* denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo autor, no particular, ao fundamento de que “[a] *análise da fundamentação contida no v. acórdão recorrido revela que a prestação jurisdicional ocorreu de modo completo e satisfatório, inexistindo qualquer afronta aos dispositivos que disciplinam a matéria.*”

Inconformado, interpôs o autor embargos de declaração a essa decisão, os quais foram julgados parcialmente procedentes apenas para corrigir erro material.

Insiste, o autor, em sua minuta de agravo de instrumento, na nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Alega que, conquanto instado mediante a interposição de embargos de declaração, o Tribunal Regional se quedou silente quanto a pontos essenciais ao deslinde da controvérsia no que diz respeito à exclusão da condenação ao pagamento de horas extras.

Nesse diapasão, sustenta que a Corte Regional deixou de se manifestar quanto à alegação no sentido de que não obstante o exercício de atividade externa, a jornada de trabalho do autor era passível de controle, e na prática era efetivamente controlada pelo gerente, razão pela qual lhe são devidas horas extras. Aponta, para tanto, violação dos arts. 93, IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 489, § 1º, do CPC.

Ao exame.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo réu para excluir da condenação o pagamento de horas extras e reflexos. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (grifos foram acrescidos):

Foi deferido o pleito de recebimento de horas extras e reflexos, *verbis* (ID. 3fd55a4 - Pág. 5/9):



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

DAS HORAS EXTRAS

Postula o reclamante o pagamento de horas extras. Alegou que "laborava, via de regra, das 8h às 18h30min, de segunda a sexta-feira, aos sábados das 8h às 18h, e aos domingos das 8h às 12h. O autor trabalhava em todos os finais de semana, em virtude dos jogos/competições, sendo aos sábados nos jogos das categorias infantil e juvenil na parte da manhã e juniores na parte da tarde, e aos domingos, os jogos das categorias pré-mirim e mirim. Isto é, Excelência, o reclamante não gozava de folga semanal, mas laborava de segunda a segunda, conforme narrado, usufruindo tão somente de uma folga quinzenal, que ocorria normalmente às segundas ou terças-feiras" (grifos do original).

O reclamado argumentou que *"A despeito de no contrato de trabalho do reclamante constar um horário de trabalho a ser cumprido, na prática, a atividade do reclamante se desenvolvia sem qualquer espécie de controle da jornada por parte do reclamado, na medida em que a atividade do reclamante, confessadamente, se subsumia a observar atletas nas categorias de base, o que, efetivamente se dava fora das dependências do reclamado o que, tornava impossível o efetivo controle de jornada de trabalho desenvolvida pelo reclamante"*.

As peculiaridades do trabalho de "olheiro" se extraem do depoimento pessoal do reclamante, quando em aparente paradoxo afirmou que *"às vezes, o depoente tinha liberdade de ir de casa direto para o local dos jogos ou vice-versa, referindo que isso não ocorria quando havia necessidade de voltar a Itaguaí para buscar passagem aérea quando necessária a viagem"* e, mais adiante, vaticinou que *"o controle de tais horários era feito pelo Sr. REIGOTA"*. O preposto do clube, por sua vez, corroborou em depoimento a inexistência de controle da jornada do reclamante.

A testemunha-chave, no particular, culminou por ser o Sr. Mário Reigota, referido pelo reclamante como sendo o controlador de sua jornada.

Colhe-se do informe testemunhal em tela (grifou-se): *"que o depoente trabalhava das 08:00/08:30h até as 18:00/19:00h, de segunda a sexta-feira; que aos sábados havia jogos o dia inteiro (das 09:00 as 13:00h e 15:00 as 17:00h) com deslocamentos se necessário e aos domingos das 09:00 as 13:00h"* *"que perguntado se havia cobrança de horário, o depoente responde que quando estava no Rio de Janeiro, o reclamante era obrigado a comparecer no clube (São Januário ou Itaguaí) nos horários mencionados; que em caso de atraso, o reclamante seria advertido/punido, o que nunca precisou acontecer; que por telefone, o depoente controlava os horários das avaliações que o reclamante fazia nas viagens"*



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

A testemunha patronal asseverou que *"no caso do reclamante, a função não demandava cobrança de cumprimento de horário, até porque os treinamentos poderiam ocorrer sem a presença dele"*.

A segunda testemunha do reclamante, sobre a qual recairão reservas em conformidade com a abordagem do tópico posterior, disse *"que o reclamante trabalhava das 08:00 as 18:00h de segunda a sexta e acompanhando os jogos aos sábados e domingos se não estivesse em viagem; que os horários das avaliações em viagens eram definidos pelo coordenador da área técnica; que tais horários eram controlados por telefone, para saber os horários de começo, fim e intervalo"*.

Embora de forma tênue, restou provada a submissão do reclamante a uma jornada de trabalho controlada por superior hierárquico, mormente porque, em se tratando de prova dividida (ou empatada), deve-se julgar em desfavor da parte que detinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O ônus da prova in casu, em face da ausência de controles escritos de jornada, recaía sobre o reclamado, à luz da Súmula 338 do TST.

Resta pendente a parametrização de tal jornada para fim de aferição de sobrejornada.

Urge sopesar os informes testemunhais com as balizas dadas pelo depoimento pessoal do autor: *"que não havia horário de saída mas a entrada costumava ser entre as 07:30/08:00h, para ver treino do infantil e juvenil pela manhã (das 09:00 até as 11:00/11:30h), do pré-mirim, mirim e juniores à tarde (das 14:00 até as 17:00/17:30h); que o depoente viajava pelo Brasil todo para fazer avaliação de atletas das categorias mencionadas; que o depoente jamais acompanhou o time profissional; que o depoente trabalhava das 08:00 até as 18:00/18:30h de segunda a sexta-feira; que aos sábados e domingos trabalhava nas partidas das mencionadas categorias, aos sábados das 09:00 até as 13:00h e das 15:00 as 17:00h; que esclarece que os jogos da base eram realizados em Itaguaí, com mando de campo do Vasco; que aos domingos trabalhava das 08:00/09:00 até as 12:00h; que durante a semana, os atletas faziam 01h de almoço, o que o depoente conseguia fazer 02/03 vezes por semana "*.

Calha registrar que a petição inicial careceu de declinar a jornada exata dos dias trabalhados em viagem, limitando-se a afirmar que *"Durante os dias em que estava em viagens, o reclamante trabalhava, em média, 12 horas por dia"*.

Com isso, a jornada dos dias de viagens - nas quais o reclamante coordenava e realizava as chamadas "peneiras", conforme prova testemunhal e documental, inclusive fotografias,



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

deve seguir a limitação dos horários trabalhados fora de viagem. Sendo assim, pelos elementos supra, num juízo de equidade e razoabilidade, fixa-se a jornada do reclamante do seguinte modo: de segunda a sexta-feira: das 8h às 11h15 e das 14h às 17h15; aos sábados, das 9h às 13h e das 15h às 17h; aos domingos, das 8h30 às 12hs uma folga quinzenal, às segundas ou terças-feiras.

Duas viagens por mês, com labor aos sábados das 8h às 18h (com intervalo intrajornada de uma hora - vide depoimento pessoal que admitiu sua fruição parcial em até três dias semanais) e aos domingos das 8h às 12h; Feriados trabalhados, à exceção dos dias de folga.

Portanto, apenas em decorrência das duas viagens mensais, o teto constitucional de 44hs semanais de labor foi ultrapassado, de modo que são devidas horas extras e, por habituais, deverão integrar o salário para cálculo do repouso semanal remunerado (artigo 7º, "a", Lei nº 605/49 e Súmula nº 172, TST), férias acrescidas do terço constitucional (art. 142, § 5º, CLT), décimo terceiro salário (Súmula nº 45, TST), depósitos efetuados no FGTS e multa de 40% do FGTS. (Súmula nº 63, TST).

Não há falar-se na integração das horas extraordinárias no repouso semanal remunerado para servir como base de cálculo das férias, gratificação natalina, aviso prévio e depósitos fundiários, entendimento já pacificado pela Orientação Jurisprudencial nº 394, da SDI - I, do c. TST.

Acolhe-se o pedido da alínea ' ' do rol da inicial, com observância da cláusula N '9.2' da CCT do Id a240e72 (p. 42), aplicando-se a Súmula 146 do TST por analogia - substituindo-se o domingo pela segunda-feira no que tange à dobra -, que assim dispõe:

Súmula 146 TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

Inconformado, recorre o réu, ao fundamento de que *"se desincumbiu, perfeitamente do ônus que lhe competia de demonstrar que a jornada de trabalho do reclamante não era minimamente controlada pelo reclamado"*; que, em depoimento, *"o reclamante declara textualmente "que não havia horário de saída"*; que *"não é crível que o reclamante tivesse a sua jornada de trabalho controlada nos períodos de viagem, nos quais o mesmo trabalhava sozinho e, por óbvio, fora do alcance de controle do empregador"* (ID. 3543af2 - Pág. 6/8).

Razão lhe assiste.

Dispõe o Art. 62, I, da CLT:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

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;

In casu, não há dissenso nos autos quanto à natureza eminentemente externa das atividades laborais do autor, consistentes primordialmente na avaliação e captação de jovens atletas de futebol para integrar o time de futebol de base do clube réu.

Contudo, a atividade externa incompatível com o controle de jornada deve ser aferida caso a caso, não bastando o exercício externo para caracterizá-la. É imprescindível a real impossibilidade de se conhecer a jornada efetiva. Em depoimento pessoal, confessa o autor que, já ao ser contratado, não houve estipulação de horários, que viajava pelo país para fazer avaliação de atletas nas categorias pré-mirim até juniores, que nunca teve controle de frequência ou ponto, podendo, inclusive, ir direto de casa para o local dos jogos e vice-versa; que tal situação somente não ocorria quando se fazia necessário pegar passagens aéreas na sede de Itaguaí. Transcreve-se:

"(...) que foi contratado pelo presidente ROBERTO DINAMITE; que o presidente entregou o depoente nas mãos da base para trabalhar nas categorias pré-mirim até juniores; (...) que o presidente não estipulou horário de trabalho, assunto que o depoente tratava com o gerente; (...) que o depoente viajava pelo Brasil todo para fazer avaliação de atletas das categorias mencionadas; (...) que esclarece que os jogos da base eram realizados em Itaguaí, com mando de campo do Vasco; (...) que o depoente nunca teve controle de frequência ou de ponto; que às vezes, o depoente tinha liberdade de ir de casa direto para o local dos jogos ou vice-versa, referindo que isso não ocorria quando havia necessidade de voltar a Itaguaí para buscar passagem aérea quando necessária a viagem; (...) que o REIGOTA punia/advertia se chegasse atrasado ou faltasse; que se necessitasse faltar, o depoente falava com o REIGOTA, que ficava mais em Itaguaí; (...)"

Dos trechos do depoimento supra transcritos, conclui-se que a dinâmica das atividades realizadas pelo autor efetivamente não permitiam ao empregador a fiscalização da sua jornada diária, razão pela qual desde a contratação não estava submetido a controle de ponto.

Nada há nos autos que respalde a alegação do autor de que era punido e/ou advertido por atrasos ou faltas ao treino em Itaguaí. Ademais, tal circunstância não caracterizaria, por si só, o controle da jornada, mas sim o mero exercício do poder disciplinar do empregador diante do descumprimento contratual por parte do empregado.

Ante o exposto, conclui-se que o réu estava impossibilitado de controlar o horário de trabalho do autor, o que se coaduna com a atividade exercida,



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

pelo que são indevidas as horas extraordinárias postuladas, e, de conseguinte, os reflexos daí decorrentes.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento de horas extras e reflexos.

Ao analisar os embargos de declaração interpostos pelo autor, a Corte Regional assim dispôs (grifos foram acrescentados):

[...]

Alega o embargante a ocorrência de *error in iudicando*, consistente na não observância e/ou interpretação equivocada de dispositivos legais e/ou elementos dos autos, o que, todavia, não pode ser atacado através de embargos de declaração.

O tema concernente à ausência de controle da jornada do autor, nos moldes do Art. 62, I, da CLT, foi enfrentado pelo acórdão de maneira expressa, coerente e clara, restando consignado que, conforme declarou o autor em seu depoimento pessoal, já ao ser contratado, não houve estipulação de horários, que viajava pelo país para fazer avaliação de atletas nas categorias pré-mirim até juniores, que nunca teve controle de frequência ou ponto, podendo, inclusive, ir direto de casa para o local dos jogos e vice-versa; que tal situação somente não ocorria quando se fazia necessário pegar passagens aéreas na sede de Itaguaí, sendo de se concluir que tal dinâmica das atividades efetivamente não permitiam ao empregador a fiscalização da sua jornada diária.

Ademais, consta na fundamentação do julgado que nada há nos autos que respalde a alegação do autor de que era punido e/ou advertido por atrasos ou faltas ao treino em Itaguaí e que, de todo modo, tal circunstância não caracterizaria, por si só, o controle da jornada, mas sim o mero exercício do poder disciplinar do empregador diante do descumprimento contratual por parte do empregado.

Sendo assim, não há se falar em omissão no acórdão No que se refere ao prequestionamento, ainda que o embargante não concorde com o conteúdo da presente decisão, não sofrerá qualquer limitação ao seu direito de recorrer, eis que, ante os termos do item III da Súmula 297 do C. TST, os dispositivos legais suscitados encontram-se prequestionados, tendo em vista que foram objeto de embargos de declaração.

Assim, não se vislumbrando quaisquer dos vícios elencados no art. 897-A da CLT, não merecem acolhida os embargos de declaração.

Nego provimento.

Consoante se depreende dos excertos transcritos, tem-se que o Tribunal Regional consignou que, apesar de o trabalho externo exercido pelo autor ser



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

fato incontroverso, verificou-se, na hipótese, que as atividades realizadas pelo empregado efetivamente não permitiam ao empregador a fiscalização da sua jornada diária.

Verifica-se, inclusive, que o Tribunal Regional fundamentou sua decisão em vasta prova documental produzida nos autos, chegando a transcrever as provas orais referidas na sentença originária para reconhecer a fiscalização *“ainda que ténue”* da jornada laboral do trabalhador, ora agravante.

A conclusão regional para o mesmo quadro fático, entretanto, foi diversa daquele a que se chegou o juízo originário, tendo sido consignadas as razões que justificaram o provimento do recurso ordinário.

Tem-se, dessa forma, que a entrega jurisdicional foi completa, clara e motivada, ainda que de maneira contrária aos interesses da parte autora, se atendo o julgador às questões efetivamente relevantes ao deslinde da controvérsia, mas consignando até mesmo as provas invocadas pelo autor para justificar conclusão em sentido contrário.

Incólumes, portanto, os dispositivos tidos por violados.

NEGO PROVIMENTO.

2.2. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA

O Juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo* denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo autor, quanto ao tema em epígrafe, ao fundamento de que *“os dispositivos cuja alegada violação não foi devidamente fundamentada não foram sequer elencados, eis que inócua a providência, a teor do disposto no artigo 896, §1º-A, II e III da CLT”*.

Insurge-se o agravante alegando que merece seguimento o seu apelo, uma vez que preenchidos todos os requisitos de que trata o artigo 896, § 1º-A, da CLT. Sustenta, ademais, que lhe são devidas as horas extras, pois havia, sim, a possibilidade de controle de sua jornada, como exaustivamente demonstrado nos autos. Aponta violação do art. 62, I, da CLT e contrariedade à Súmula n.º 338, I, do TST.

Ao exame.



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

Insta frisar, de plano, que na hipótese, o agravante busca um reenquadramento jurídico dos fatos consignados no acórdão regional e não revolvimento ou reexame de provas, o que afasta o óbice da Súmula n.º 126 deste Tribunal Superior do Trabalho.

Ainda assim, não se vislumbra que a decisão regional tenha cometido equívoco no enquadramento jurídico dos fatos provados.

Como já consignado alhures, o Tribunal de origem, amparado no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que a função exercida pelo autor (Olheiro de clube de futebol), além de ser externa, não permitia ao empregador a fiscalização da sua jornada diária.

Consignou a Corte de origem que *“a atividade externa incompatível com o controle de jornada deve ser aferida caso a caso, não bastando o exercício externo para caracterizá-la”,* e que *“a dinâmica das atividades realizadas pelo autor efetivamente não permitiam ao empregador a fiscalização da sua jornada diária, razão pela qual desde a contratação não estava submetido a controle de ponto”.*

Esclareceu, ainda, que, ***“[e]m depoimento pessoal, confessa o autor que, já ao ser contratado, não houve estipulação de horários, que viajava pelo país para fazer avaliação de atletas nas categorias pré-mirim até juniores, que nunca teve controle de frequência ou ponto, podendo, inclusive, ir direto de casa para o local dos jogos e vice-versa”.***

Como se pode averiguar da decisão proferida pelo Tribunal Regional, o ora agravante invoca depoimento de sua testemunha, que atestou cumprimento de horário obrigatório em razão dos treinos diários das várias categorias da base, porém essa afirmação é contraditória com as declarações do autor e com a circunstância de que o *“Olheiro”* avalia atletas externos e, portanto, não precisa acompanhar, necessariamente, todos os treinos internos.

Assim, em apurado cotejo dos autos, verifica-se que, de fato, a atividade externa exercida pelo agravante é incompatível com a fixação de jornada de trabalho. Desse modo, não se divisa a apontada violação do art. 62, I, da CLT, cujo teor resultou devidamente observado no caso.

Tampouco há se falar em contrariedade à Súmula n.º 338, I, do TST, que trata do ônus do empregador em registrar a jornada de trabalho do



PROCESSO Nº TST-AIRR-10953-97.2015.5.01.0081

empregado, inconciliável com a hipótese ora retratada, que denota impossibilidade fiscalização de jornada.

Diante de todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 22 de setembro de 2021.

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

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Ministro Relator