



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO

PROCESSO: 0000550-32.2018.5.14.0007

CLASSE: RECURSO ORDINÁRIO (PJE)

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

ORIGEM: 7ª VARA DO TRABALHO DE PORTO VELHO/RO

1º RECORRENTE: DENIS MARCOS MARCAL

ADVOGADOS: ROSECLEIDE MARTINS NOE

VINICIUS MARTINS NOE

2º RECORRENTE: CAIRU TRANSPORTES LTDA

ADVOGADO: JEAN DE JESUS SILVA

RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATORA: DESEMBARGADORA VANIA MARIA DA ROCHA ABENSUR

PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.467/2017. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. MOTORISTA PROFISSIONAL. JORNADA DE TRABALHO. TEMPO DE ESPERA. INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 8º E 9º DO ART. 235-C DA CLT COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.619/2012. Em sessão de 17-5-2016 o Pleno deste Egrégio Regional acolheu o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nos autos do processo n. 0000352-21.2015.5.14.0000 e firmou posicionamento quanto à inconstitucionalidade material dos §§ 8º e 9º do art. 235-C, da CLT, com redação dada pela Lei n. 12.619/2012, assim, reconhecendo que o denominado "tempo de espera" constitui-se em efetivo tempo de serviço do motorista profissional, integrando a jornada do trabalhador, devendo ser remuneradas com o adicional de 50% sobre a hora normal. **Recurso patronal conhecido e não provido. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. 1. MOTORISTA PROFISSIONAL. JORNADA DE TRABALHO. HORA EXTRA. CONTROLE DE JORNADA. LEIS Nº. 12.619/2012 e 13.103/2015.** Com o advento da Lei n. 12.619/2012 o controle da jornada de trabalho passou a ser direito legalmente instituído ao motorista profissional, em cujo sentido é o art. 2º da referida norma. *In casu*, no tocante aos controles de jornada adunados ao feito, correspondentes a todo o contrato de trabalho do autor, não há razões para afastar a regularidade de seus registros, sem elementos aptos a desconstituir a validade de referidos documentos. Nessa linha, em minuciosa análise de referidos documentos, em cotejo com os contracheques dos respectivos períodos, é possível verificar o pagamento de horas extras com adicionais de 50% e de 100%. Na partição do ônus da prova, exsurge a ideia de que a regra geral é de que a prova incumbe à parte que fizer as alegações, conforme anota o artigo 818 da CLT. Diante disso, trazendo a reclamada a comprovação de que fazia o controle de jornada e quitava as horas extras prestadas e registradas, cabia ao obreiro provar ou apontar pormenorizadamente eventuais diferenças que entendia serem devidas, todavia, desse ônus não se desvencilhou a contento, atraindo a improcedência do pleito. **2. DIÁRIAS DE VIAGEM PAGAS EM DECORRÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALOR DIÁRIO FIXO PARA O CUSTEIO DE DESPESAS PREDETERMINADAS. DIÁRIAS PRÓPRIAS. RECONHECIMENTO DA NATUREZA INDENIZATÓRIA. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. INDEVIDA. AINDA QUE ULTRAPASSEM 50% DO SALÁRIO.** Havendo previsão em norma coletiva dispendo sobre o pagamento de diárias, prevendo valor fixo diário que contempla quantias destinadas a serem gastas

pelo empregado em despesas com finalidades específicas (café da manhã, almoço, jantar e pernoite), portanto, para o custeio de despesas predeterminadas pelos signatários, nítida a natureza meramente indenizatória da parcela, ainda que seu montante mensal ultrapasse 50% do valor do salário do empregado, pois notório que não se prestam a oferecer acréscimo salarial ao viajante. Não se trata, portanto, da hipótese que o legislador buscou abarcar com o art. 457, § 2º, da CLT (aqui considerada sua redação anterior à denominada "reforma trabalhista" - Lei n. 13.467/2017), tampouco aplicável a este caso o teor da Súmula n. 101/TST, pois a hipótese dos autos não está refletida no verbete. Assim, in casu, indevida a integração salarial do valor recebido pelo reclamante a título de diárias de viagem, por constituírem hipótese de diárias classificadas doutrinariamente como próprias, merecendo reforma a sentença, nesse ponto. Precedentes do E. TST. **Recurso obreiro conhecido e não provido.**

1 RELATÓRIO

As partes não se conformam com a sentença de id. 94c2979, que julgou parcialmente procedente a ação, ao que interpõem seus respectivos apelos ordinários.

Em suas razões a reclamada defende que o tempo de espera dos motoristas profissionais não se confunde com tempo de efetivo labor ou à disposição do empregador, correspondendo referido lapso temporal ao período de carregamento ou descarregamento de produto, tempo em que o motorista não se encontrava dirigindo, o qual foi devidamente computado nos controles de jornada do reclamante, cujo pagamento está normatizado no art. 235-C da CLT, não podendo ser computado como hora extraordinária, ao que pugna pela reforma do *decisum* para se declarar a constitucionalidade do referido dispositivo legal, reconhecendo a aplicação do índice de 30%, nada sendo devido a tal título ao reclamante.

Assevera ausente comprovação de hipossuficiência econômica do reclamante e, com base na atual redação da Lei n. 13.467/2017, requer seja reconhecida a constitucionalidade do art. 791, § 4º, CLT, de conseguinte, condenar o autor ao pagamento da verba honorária.

Ao final, requer aplicação da pena de litigância de má-fé ao obreiro pelo fato de que este tentou induzir o juízo em erro ao deturpar os fatos para ver seus pedidos de reversão de justa causa reconhecidos.

A seu turno, o reclamante entende ser inadmissível a juntada de documentos pela reclamada após apresentada a peça defensiva, invocando os termos da Súmula 8 do E. TST, porquanto não se tratarem de documentos novos, alegando violação do art. 435 do CPC, razão de seu pleito em sede preliminar para que se declare preclusa a oportunidade da ré, desconsiderando-se tais documentos como meio de prova, resultando na reforma do *decisum* quanto as horas extras, tempo à disposição e de espera, intervalo intrajornada e supressão de descanso semanal remunerado.

No mérito, prossegue afirmando que os horários registrados nos controles de frequência adunados não refletem a real jornada cumprida no curso do contrato de trabalho, sendo as horas extras pagas nos contracheques referirem-se às excedentes à oitava hora diária até a décima, sendo desconsideradas as três horas trabalhadas além da décima autorizada, enfatizando que os relatórios diários de viagens são os documentos hábeis a demonstrar a fidedignidade da jornada de trabalho cumprida, os quais não foram juntados ao feito, atraindo a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, nos termos da Súmula 338, I, do TST, devendo-se reconhecer o direito ao pagamento das horas extras postuladas.

Aduz, ainda, fazer jus ao tempo à disposição do empregador, correspondente a cinco horas em que permanecia descarregando o caminhão, acompanhando a limpeza, manutenção e abastecimento, o que ocorria cerca de 6 a 7 vezes no mês, cujo período não era computado na jornada de trabalho, devendo-se condenar a reclamada ao pagamento de 990 horas extras acrescidas do adicional de 50%, a tal título.

Por fim, insurge-se contra o indeferimento das diferenças de diárias pleiteadas, ao argumento de que das normas coletivas pactuadas é possível extrair a finalidade da concessão de diárias para suprir despesas com alimentação e estadia, sem que o pagamento esteja condicionado à comprovação dos gastos, sustentando que "os valores devem ser pago em sua integralidade, independente de o obreiro efetivamente gastar esse dinheiro com alimentação ou hospedagem em hotéis" (sic), o que foi requerido.

Em contrarrazões, a Reclamada pede o improvimento do apelo obreiro. Já o reclamante, embora regularmente notificado, não ofertou contrarrazões.

Desnecessária a manifestação do Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

2 FUNDAMENTOS

2.1 CONHECIMENTO

Face à tempestividade dos recursos ordinários patronal e obreiro, subscritos por advogados habilitados (id. 78d85e2 e d227f16), com preparo satisfeito pela Ré (id. 19cb266), sendo desnecessária tal providência pelo obreiro, por ser beneficiário da Justiça gratuita, considero atendidos os pressupostos de admissibilidade, ao que conheço dos apelos, assim como das contrarrazões ofertadas.

2.2 MÉRITO

2.2.1 RECURSO DA RECLAMADA

2.2.1.1 MOTORISTA. TEMPO DE ESPERA. INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 8º E 9º DO ART. 235-C DA CLT.

A reclamada pretende a reforma da sentença quanto ao tempo de espera previsto no art. 235-C da CLT, aos motoristas profissionais, porquanto não se confundir com tempo de efetivo labor ou à disposição do empregador, não podendo ser computado como hora extraordinária, o qual, *in casu*, foi devidamente computado nos controles de jornada do reclamante, razão de seu pleito para se declarar a constitucionalidade do referido dispositivo legal, reconhecendo a aplicação do índice de 30%, nada sendo devido a tal título.

No caso vertente, ao apreciar a questão, o Juízo *a quo*, analisando os controles de ponto, os quais "retratam de forma fiel a jornada cumprida pelo Obreiro, inclusive, em relação ao tempo de espera", verificou o pagamento dessas horas sob a rubrica específica "tempo de espera 30%", consoante os contracheques colacionados ao feito, ressaltando que "em nenhum momento o reclamante esclareceu acerca do recebimento desta parcela, simplesmente silenciando a respeito, numa demonstração inequívoca de que pretendia se beneficiar de pagamento duplo dessa parcela" e, ressaltando seu entendimento pessoal, decidiu acolher a tese preconizada no referido Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, ante o efeito vinculante indireto ou reflexo da decisão proferida nos autos desse Incidente, reputando que "as horas relativas ao tempo de espera não foram quitadas corretamente", deferiu:

[...], APENAS o pagamento de diferenças das horas relativas ao tempo de espera, a serem apuradas de acordo com as horas que foram computadas nos recibos salariais. Aquelas inferiores a 08 horas (Exemplo mês de março/2014 - 01h50min) deverão ser calculadas apenas o percentual de 50%. Aquelas superiores a 08 horas (Exemplo mês de abril/2014 - 12h37min) deverão ser apuradas 08 horas à razão de 50% e aquelas que sobejarem (04h37min) deverão ser apuradas o valor da hora+50%.

O valor da hora deverá ser acrescido do adicional de periculosidade.

Defere-se, ainda, reflexos sobre DSR, 13º salário, férias+ e FGTS.

Aos motoristas profissionais são aplicadas as disposições contidas nos arts. 235-A e ss. da CLT, alteradas a partir da vigência da Lei 12.619/2012 (17 de junho de 2012), posteriormente modificada pela Lei 13.103/2015, cuja vigência ocorrera a partir de 03-3-2015). *In casu*, o reclamante foi admitido em 2-12-2013 e dispensado por justa causa em 12-9-2016, aplicando-se, portanto, referidas legislações.

Nos termos do art. 235-C, §8º, da CLT, considera-se como tempo de espera as horas excedentes da jornada normal em que o motorista de transporte rodoviário de cargas ficar aguardando o carregamento/descarregamento dos veículos ou a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais e/ou alfandegárias, "não sendo computadas como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias".

Por sua vez, o § 9º do mesmo dispositivo legal preconiza que referido lapso temporal será indenizado "na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal."

Todavia, ao tratar do tema relativo ao tempo de espera para os motoristas profissionais, esta Corte Regional, em sua composição plenária, na sessão de julgamento de 17-5-2016, acolheu o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0000352-21.2015.5.14.0000, pacificando a questão ora em debate, para declarar a inconstitucionalidade material dos §§ 8º e 9º do art. 235-C, da CLT, com redação da Lei n. 12.619/2012, cuja decisão restou assim ementada:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 8º E 9º DO ART. 235-C DA CLT. REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.619/2012. INCIDENTE ACOLHIDO. Constatado que os §§ 8º e 9º do art. 235-C da CLT, com redação dada pela Lei n. 12.619/2012, atentam contra a previsão contida no art. 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, merece ser acolhida a arguição de inconstitucionalidade para reconhecer o denominado "tempo de espera" como efetivo tempo de serviço do motorista profissional, devendo as horas excedentes à 8ª diária e 44ª semanal ser remuneradas com o adicional mínimo de 50% sobre a hora normal, com natureza salarial.

Nesses termos, este E. Tribunal considera o tempo de espera como efetivo tempo de serviço, integrando a jornada do trabalhador, devendo como tal ser considerado o lapso temporal em que o motorista profissional empregado aguardar a carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário, bem como o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, cujo qual deve ser remunerado com 50%.

Isso posto, não há o que prover.

2.2.1.2 JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA AO OBREIRO E CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

Neste ponto, com base na atual redação da Lei n. 13.467/2017, a Reclamada assevera ausente comprovação de hipossuficiência econômica a ensejar a concessão de justiça gratuita ao obreiro, ao que

requer seja reconhecida a constitucionalidade do art. 791, § 4º, CLT, de conseguinte, condenar o autor ao pagamento da verba honorária.

Tendo em vista o seu ajuizamento em 12-9-2018, a presente ação tramita sob a égide da Lei nº 13.467/2017, vigente desde 11-11-2017, que conferiu nova redação ao art. 791-A, *caput* e parágrafos, assim, estabelecendo que os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência, inclusive nas ações movidas em face da Fazenda Pública, nas hipóteses de substituição processual, sem excluir o beneficiário da justiça gratuita, se vencido.

Inicialmente, vislumbro ausência de interesse recursal no que concerne ao pedido para condenar o autor ao pagamento dos honorários sucumbenciais, visto na sentença ter havido o arbitramento de referida parcela no percentual de 10% em desfavor do Reclamante, sobre o valor das parcelas indeferidas, dada a sucumbência recíproca, conquanto lhe tenha sido concedida a benesse da justiça gratuita.

Vencido este ponto, quanto à insurgência acerca da concessão da gratuidade de justiça ao obreiro, cumpre registrar que referido benefício está delimitado pelo art. 790, §3º, da CLT, cuja nova redação, após a inovação legislativa, garante a isenção do pagamento das custas processuais, inclusive traslados e instrumentos, àqueles que percebam "salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social," assim, havendo presunção legal de hipossuficiência nessa circunstância.

Se anteriormente à vigência dessa novel legislação a concessão da benesse prestigiava, em qualquer caso, a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência apresentada pelo trabalhador, ou seja, independentemente da remuneração por ele auferida, agora tal presunção de insuficiência de recursos para arcar com os custos do processo somente prevalecerá em se tratando de recebimento de remuneração igual ou inferior a 40% do teto previdenciário.

Por outro lado, percebendo o trabalhador remuneração que supera esse limite, passa o § 4º do dispositivo a exigir demonstração cabal da insuficiência de recursos para pagamento das despesas do processo, o que, em princípio, parece afastar a presunção de miserabilidade advinda da mera declaração da parte ou de seu advogado, ainda que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (item I da Súmula 463/TST), ao dispor que "O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo."

Portanto, como se vê, a partir da vigência da denominada "reforma trabalhista", a concessão do benefício da gratuidade de justiça nesta seara deverá ser analisada, caso a caso, de acordo com a efetiva realidade remuneratória e laboral da parte.

No caso em apreço, houve ruptura contratual por justa causa, sem notícias de nova colocação obreira no mercado de trabalho, ao que infiro a condição de desemprego do autor, ao tempo do ajuizamento da demanda, assim, não reunindo condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, consoante informado no corpo da exordial por seu advogado munido de poderes específicos para tanto, além de ter firmado declaração de próprio punho noticiando essa insuficiência de recursos (id. 4cdf242).

Como já manifestado em outros julgados, nessas circunstâncias, em se tratando de pessoa desempregada, na ausência de previsão a respeito de como deve ser produzida a prova dessa condição, entendendo dever a omissão acerca da comprovação da situação de hipossuficiência econômica daí advinda ser extraída da legislação processual comum, consoante previsão do art. 769 da CLT.

A propósito da discussão, pondere-se que o *caput* do art. 1º da Lei n. 7.115/1983 já previa presumir-se verdadeira a declaração firmada pelo próprio interessado ou por seu procurador, destinada a fazer prova de insuficiência econômica:

Art. 1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

No mesmo sentido, previsão anterior do § 3º do art. 99 do CPC, quanto a se presumir verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Assim, a meu ver, atualmente, a solução mais adequada e justa aos casos de requerimento/concessão do benefício da gratuidade de Justiça à pessoa em situação de desemprego passa pela compatibilização dos dispositivos supra, buscando aliar a novel vontade do legislador, constante nas previsões da Reforma, às garantias fundamentais do pleno acesso ao Judiciário e da prestação de assistência judiciária integral e gratuita ao hipossuficiente, previstas no art. 5º, incs. XXXV e LXXIV, da Constituição Federal.

Portanto, em suma, harmonizando as inovações agora previstas nos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT ao que já dispunham o art. 1º da Lei n. 7.115/1983 e o § 3º do art. 99 do CPC, entendo que no caso de pessoa em situação de desemprego deve ser mantido o prestígio à declaração da parte acerca de sua condição financeira, ao que se tem por presumidamente verdadeira a informação prestada pelo trabalhador, ou por seu advogado (este desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim - item I da Súmula 463/TST), de que está desempregado e sem condições para o pagamento das custas do processo.

Desse modo, *in casu*, presumida a condição de hipossuficiência do reclamante, diante da própria declaração de que se encontra desprovido de recursos financeiros, cuja afirmação obreira, frise-se, não foi infirmada por outros elementos de prova, vislumbro correta a decisão de origem à concessão do benefício da Justiça gratuita ao reclamante, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT (com redação conferida pela Lei n. 13.467/2017).

Destarte, nada a prover a esse respeito.

Relativamente ao pleito para se reconhecer a constitucionalidade do art. 791, § 4º, CLT, tal não merece prosperar diante do que já decidido nos autos do incidente de arguição de inconstitucionalidade de n. 0000147-84.2018.5.14.0000, julgado pelo Tribunal Pleno na sessão de 30-10-2018, ocasião em que prevaleceu, por maioria, o entendimento pelo parcial acolhimento da arguição para declarar inconstitucional o trecho "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", nos termos do voto do Relator, Desembargador Carlos Augusto Gomes Lôbo.

No julgamento, firmou-se entendimento de que conquanto a imposição, em si, de pagamento dos honorários de sucumbência pelo beneficiário da gratuidade de Justiça possa não constituir ofensa ao texto constitucional (ante a previsão de suspensão de sua exigibilidade por até dois anos e em cujo período apenas

será devida a cobrança acaso superada a condição de hipossuficiência), o permissivo legal à utilização de créditos trabalhistas obtidos no mesmo ou em outro processo para pagamento das obrigações decorrentes de sua sucumbência afronta as garantias fundamentais do acesso à Justiça e de assistência jurídica integral e gratuita ao hipossuficiente, previstas no art. 5º, incs. XXXV e LXXIV, da Constituição Federal, assim desconsiderando a natureza alimentar do crédito reconhecido judicialmente, cuja utilização para pagamento da verba de sucumbência acaba por retirar do trabalhador o necessário à subsistência própria e de sua família.

Buscou-se, com tal interpretação, aproximar o teor do dispositivo examinado ao previsto no art. 98, § 1º, inc. VI, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, por ser norma de conteúdo mais benéfico ao trabalhador, ao dispor que os honorários do advogado estão compreendidos na Justiça gratuita, assim não havendo falar em quitação de tais honorários de sucumbência mediante sua dedução de crédito de natureza alimentar obtido em juízo pelo beneficiário da gratuidade.

Por oportuno, resalto que o respectivo acórdão restou assim ementado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 4º DO ART. 791-A, DA CLT. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 13.467/2017. INCIDENTE ACOLHIDO EM PARTE. É inconstitucional a expressão contida no § 4º do art. 791-A, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017: "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", por violar a previsão contida no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV do 7º, inciso XVI, da Constituição Federal. (TRT da 14.ª Região; Processo: 0000147-84.2018.5.14.0000; Data de Julgamento: 30/10/2018; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Relator: CARLOS AUGUSTO GOMES LOBO)

Vale dizer que os honorários sucumbenciais a cargo da parte reclamante deverão ficar sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderá ser executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, o credor demonstrar ter deixado de existir a situação de insuficiência econômica que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário, independentemente dos créditos trabalhistas obtidos neste ou em outro processo.

Nesse cenário, embora não constitua discussão no recurso obreiro, por se tratar de matéria de ordem pública, que suplanta o interesse das partes, *in casu*, sendo o reclamante beneficiário da Justiça gratuita, determino, de ofício, que a obrigação fixada na sentença, relativa aos honorários de sucumbência devidos pelo autor ao patrono da reclamada, deverá ficar sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderá ser executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, o credor demonstrar ter deixado de existir a situação de insuficiência econômica que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário, independentemente dos créditos trabalhistas obtidos neste ou em outro processo, durante esse período, os quais não poderão ser exigidos para pagamento da despesa decorrente da sucumbência, ante a declaração, pelo Pleno deste TRT, nos autos da ArgInc 0000147-84.2018.5.14.0000, da inconstitucionalidade material da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*", contida no § 4º do art. 791-A da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017.

Repiso que o presente reexame provém de matéria de ordem pública, que por sua natureza, pode ser apreciada independentemente de provocação expressa da parte.

2.2.1.3 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

Pugna a reclamada pela aplicação da pena de litigância de má-fé ao recorrido pelo fato de que este pretendia receber vantagens indevidas.

A aplicação de penalidade por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune, indevidamente, a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa) - (STJ-3ª Turma, Resp 906.269, Min. Gomes de Barros, j. 16-10-07, DJU 29-10-07).

Assim, a litigância de má-fé deve ser aplicada quando não restar qualquer dúvida quanto à atitude dolosa de uma das partes, haja vista que no processo têm o direito à ampla defesa e ao contraditório, princípio consagrado constitucionalmente, mesmo que a pretensão aduzida seja improcedente. Não se confundem exercício de direito e litigância de má-fé, pois encerram ideias diametralmente opostas.

In casu, entendo que a sentença está irretorquível nesse tema, de sorte que não se pode enquadrar a parte reclamante como litigante de má-fé, porquanto ter apenas exercido o seu direito de ação, constitucionalmente consagrada.

Desprovejo.

2.2.2 DO RECURSO ORDINÁRIO DO OBREIRO

2.2.2.1 DOCUMENTAÇÃO JUNTADA POSTERIORMENTE À CONTESTAÇÃO, MAS ANTES DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

Prima facie, nada obstante a parte tenha erigido em sede preliminar a temática ora em debate, entendo tratar-se de questão meritória, e como tal será apreciada, ao que passo à sua explanação.

Insurge-se o reclamante quanto à inadmissão dos documentos juntados pela reclamada em primeiro grau, após apresentada a contestação, os quais entende devam ser rejeitados como prova de defesa, sob alegação de extemporaneidade.

No compulsar os autos, constato que a reclamada, um dia antes da data designada para a audiência de instrução, realizada em 31-10-2018, protocolou petição de id. 07507c3, anexando documentos aos autos (id. 752fb90 a dea6ab3), relativos a controles de jornada, diálogos de segurança e sistema de rastreamento, cuja circunstância foi verificada pelo Juízo *a quo* na própria assentada, assim, concedendo vista ao patrono do autor, que teceu considerações a respeito desses documentos no próprio ato.

Os documentos foram aceitos pelo Juízo primevo, ao fundamento de que "não houve preclusão do direito para nenhuma das partes, uma vez que ainda não encerrada a instrução processual." (id. 3adae44).

In casu, não vislumbro o alegado cerceio de defesa do autor, ainda que a juntada da documentação pela ré tenha ocorrido após apresentada a contestação, porquanto oportunizado fora ao obreiro o exercício do contraditório, com franca possibilidade de manifestação, vez que concedida a palavra para se manifestar a respeito, antes mesmo da colheita de prova oral (partes e testemunhas), assim, antecedeu o início da instrução do feito, evitando prejuízo processual ao reclamante.

Destarte, a preliminar não merece ser acolhida porque não é capaz de gerar nulidade do julgado, pois conforme art. 765 da CLT c/c o art. 370 do CPC, o magistrado possui ampla liberdade de direção do

processo, o qual adota procedimentos visando dar maior celeridade no andamento da causa (um dos fundamentos norteadores do processo trabalhista), sendo-lhe facultado, inclusive, indeferir provas que entender desnecessárias, diante de subsídios já existentes e suficientes para formar o seu convencimento.

Da narrativa entendo não se tratar de cerceamento ao direito de defesa, que na verdade ocorre quando o Judiciário nega à parte direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, ficando a parte prejudicada de produzir provas por limitação que não deu causa. Esse obstáculo impeditivo da defesa, na forma legalmente permitida é que gera o cerceamento de defesa e a causa para a nulidade do ato e dos que se seguirem, por violação, inclusive, ao princípio constitucional do devido processo legal (inciso LV do art. 5º), o que não se evidenciou.

Nessa toada, considerando que a documentação anexada aos autos visou complementar àquela trazida com a contestação e que diz respeito basicamente à jornada de trabalho prestada pelo obreiro, aspecto relevante para a solução da lide, bem ainda garantido o contraditório ao autor, mantenho a documentação juntada pela reclamada como parte integrante do acervo probatório a ser valorado pelo julgador, destinatário final de toda e qualquer prova produzida.

Pelo exposto, rejeito a pretensão autoral.

2.2.2.2 MOTORISTA. CONTROLE DE JORNADA. HORAS EXTRAS. TEMPO À DISPOSIÇÃO.

O Juízo de origem indeferiu o pleito de horas extras e de tempo à disposição, ao fundamento de que os controles de jornada coligidos ao feito refletem a real jornada cumprida pelo autor, atestando a fidedignidade dos registros ali aportados, sem que o autor apontasse as diferenças de horas extras que entendesse ser devidas, portanto, não se desvencilhando do ônus probatório que a ele competia:

2.2 DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

[...].

Para este Juízo ficou claro que a Reclamada sempre utilizou o sistema de chip para controlar as horas praticadas pelos motoristas, conclusão que se confirma pelo silêncio do Reclamante na petição inicial e na impugnação.

Em relação aos documentos juntados com a defesa, o Reclamante impugnou os recibos salariais, sob a alegação de que inexistência de assinatura, alegando que estariam em desacordo com o art. 4764 da CLT. No entanto, não há alegação por parte do Obreiro de que recebia valores diversos daqueles que constam nos mencionados documentos, razão pela qual considero válidos os recibos apresentados pela Reclamada, os quais servem como prova da contraprestação salarial paga ao Reclamante.

[...].

Em relação aos controles de jornada, o Reclamante apresentou impugnação alegando que consta nos mencionados documentos apenas o tempo despendido na direção do veículo, não sendo registrado o tempo gasto em atividades de carregamento e descarregado, paradas em postos, fiscalização, bem como que haveria "manobras" da Reclamada para não computar toda a jornada trabalhada.

Sustentou que a Reclamada não trouxe aos autos os Diários de Viagem com o registro das horas de direção e tempo de espera e que, diante da ausência desses documentos, deve ser considerada verdadeira a jornada alegada na petição inicial.

Em seu depoimento, o Reclamante declarou: "(...) que no mencionado chip era registrado apenas o limite de apenas 10 horas por dia; que, no entanto o depoente ultrapassava esse limite, uma vez que retirava o chip; que a reclamada estabelecia um limite de jornada de 13 horas diárias, sendo que apenas 10 horas poderiam ser registradas no chip; (...); que em média trabalhava 13 horas por dia, sendo que essas 3 horas excedentes do limite do chip era praticada ora dirigindo sem o chip, ora aguardando descarregamento, ora aguardando o veículo ser lavado, etc; (...)"

No entanto, ao contrário das declarações do Reclamante, observa-se que nos Controles de Ponto há vários registros que ultrapassam as 10 horas diárias de trabalho, inclusive havendo dias em que consta 13h40min de trabalho (junho/2015), 13h29min de trabalho (julho/2015), 15h58min (agosto/2014) etc. Portanto, não é verdadeira a afirmação de que havia proibição de registrar mais de dez horas por dia.

Tanto não é verdadeira a afirmação que a própria testemunha trazida pelo Reclamante informou que no chip poderiam ser registradas até 13 horas na direção do veículo.

Ora, diante desses fatos é possível concluir que, se era possível registrar 13 horas de trabalho no chip e o Reclamante está justamente considerando a jornada de treze horas diárias e, ainda, se efetivamente há registros de número de horas inclusive superiores a 13 horas, chega-se à conclusão de que os Controles de Ponto traduzem o horário que o Reclamante trabalhava de fato.

Dessa forma, tenho por verdadeiros os Controles de ponto juntados com a defesa, reconhecendo que os aludidos documentos registram o horário praticado pelo Reclamante.

Considerando que em todos os recibos salariais há registros de pagamento de horas extras, cabia ao Demandante, assim, apontar a existência de diferenças de horas extras não quitadas, a teor do disposto nos artigos 818 da CLT e 373, I do CPC. Para isso foi concedido o prazo suficiente para apresentar impugnação específica, o que não ocorreu.

[...].

Em relação à alegação do Reclamante de que algumas vezes conduzia o veículo sem estar com o chip conectado, observo inicialmente que tais alegações são contraditórias com os próprios horários registrados nos Controles, que evidenciam tempo de trabalho bem superior a 10 horas diárias. Em segundo lugar, ainda que tal fato tenha ocorrido, o que não acredita esta Julgadora, representa irregularidade praticada pelo empregado, o qual não pode, agora, pretender se beneficiar disso.

[...].

Desta forma, não se evidenciando irregularidades no sistema de controle de jornada adotado pela Reclamada, tendo havido pagamento das horas suplementares registradas e não tendo o Reclamante apontado a existência de diferenças em seu favor, considero verdadeiros os controles de jornada e quitadas todas as horas extras prestadas.

2.4 DAS HORAS À DISPOSIÇÃO.

[...].

Conforme esclareceu a Reclamada, as horas de fim da jornada que constam nos Controles de Ponto referem-se efetivamente ao tempo em que o Reclamante permaneceu à disposição, e não o tempo em que este retirou o chip do veículo.

Sirvo-me do exemplo apontado pela Reclamada em razões finais. No dia 23.05.2014 o Reclamante realizou o teste de bafômetro às 16h35 min (f. 221) e, no entanto, a jornada foi encerrada às 18h39 minutos (f. 149), o que implica em reconhecer que nesse dia o Reclamante já havia chegado na empresa às 16h35min e permaneceu à disposição até 18h39min, ou seja, mais de duas horas.

Esse raciocínio é feito considerando que o Reclamante chegou às 16h35m, porém é possível que tenha chegado antes desse horário.

Desta forma, por considerar corretos os controles de jornada, inclusive relativos ao tempo à disposição, indefiro o pleito.

2.5. DAS HORAS INTRAJORNADA.

[...].

Dispõe o art. 235-C, §2º, da CLT, que o motorista tem direito a intervalo intrajornada mínimo de 01 hora que pode coincidir com o tempo de parada obrigatória na condução do veículo previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

Os Controles de Ponto retratam a fluência de intervalo intra jornada variáveis, alguns até superiores a uma hora.

Indefere-se.

Do exposto, em cotejo com o plexo probatório dos autos, vislumbro o acerto da decisão primária, que não merece retoques.

No tocante aos controles de jornada adunados ao feito, correspondentes a todo o contrato de trabalho do autor, não há razões para afastar a regularidade de seus registros, sem elementos aptos a desconstituir a validade de referidos documentos.

Tampouco há evidência de que somente poderia registrar o excedente de duas horas por dia de trabalho, sem assinalar as demais horas trabalhadas além da jornada legal, nas planilhas e diários de bordo, ausentes elementos a inferir possível ingerência da reclamada a fim de burlar os apontamentos, como quer fazer crer o obreiro, assim, não merecendo guarida as assertivas de impossibilidade em registrar a real jornada cumprida.

Diante disso, trazendo a reclamada a comprovação de que fazia o controle de jornada e quitava as horas extras prestadas e registradas, cabia ao obreiro provar ou apontar pormenorizadamente eventuais diferenças que entendia serem devidas, todavia, desse ônus não se desvencilhou a contento.

Ademais, verifico que na inicial o autor declinou jornadas bem elásticas que fogem aos padrões de normalidade e, até mesmo, do humanamente possível. Destaco que a Súmula 338 do E. TST deve ser aplicada com certa racionalidade, pelo que desconsiderar os aspectos ordinários da vida e demais peculiaridades do caso concreto, resultaria em decisão absolutamente afastada da realidade, assim, desarrazoada, insegura e injusta.

Ressalto ser dever do Juiz utilizar as máximas da experiência para valorar e interpretar as provas nos autos, principalmente quando se demonstram inverossímeis ou fora da razoabilidade, como no caso dos autos, não sendo crível a prestação de serviços por "15 horas seguidas sem qualquer intervalo."

Pelas mesmas razões, isto é, de regularidade dos apontamentos contidos nos controles de jornada do autor, assim como decidido na origem, não há que se falar em pagamento de horas por tempo à disposição e por concessão parcial de intervalo intrajornada.

Nesses termos, estando a sentença adequadamente fundamentada, segundo os elementos de prova colhidos nos autos, não prosperam as irrisignações do recorrente que não logrou êxito em comprovar a jornada declinada, não havendo se falar em horas extras por sobrelabor e desrespeito ao intervalo intrajornada.

Ante o exposto, nego provimento.

2.2.2.3 DIÁRIAS DE VIAGEM. DIFERENÇAS. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

Da narrativa inicial extraio assertiva de que os valores a título de diárias não foram pagos na integralidade e por toda a contratualidade, porquanto não observadas as cláusulas normativas que tratam a respeito e, "considerando que viajava em média, 25 dias por mês", apontou ser devido o total de R\$37.500,00 (trinta e sete mil e quinhentos reais).

A propósito do tema, o Juízo *a quo* manifestou-se nos seguintes termos:

2.7. DA DIFERENÇA DAS DIÁRIAS. INTEGRAÇÃO.

O obreiro aduziu que, durante toda a contratualidade, a Reclamada teria realizado o pagamento de diárias em valores menores do que os previstos nas convenções coletivas, querendo a condenação deste às diferenças das diárias que faz jus.

Pleiteou, também, a integração à remuneração dos valores pagos a título de diárias, uma vez que superiores ao percentual de 50% do salário pago, nos termos da Súmula n. 101 do C. TST.

a Reclamada defendeu-se argumentando que pagou ao Reclamante todos os valores devidos, sendo que, no período de dezembro 2013 (pago em janeiro 2014) a agosto de 2014 (pago em setembro 2014), foram depositados diretamente na conta corrente do reclamante, e após este período foram pagos nos holerites, bem como indevida a integração em razão do valor das diárias ser inferior a 50% do salário.

Ademais, sustentou que, durante a convenção de 2013/2014, foram pagos valores de 60,00 para cada diária, mas a partir de 01/06/2014 a convenção coletiva já trouxe os valores das diárias fracionados a cada evento (café da manhã, almoço, jantar e pernoite), motivo pelo qual os pagamentos posteriores foram feitos de forma proporcional.

Não há negativa por parte do Reclamante quanto ao recebimento de diárias, todavia o Obreiro não apontou especificamente as diferenças que pretendia ver deferidas em seu favor, embora tenha tido oportunidade para tanto.

Em sede de impugnação o Obreiro sequer mencionou a questão relativa às diárias. Além disso, deve ser observado que as diárias foram fixadas não pelo dia, mas sim por refeição, razão pela qual não havia obrigatoriedade de pagamento de quantia cheia por dia trabalhado.

Resta evidente que o valor das diárias não era fixo, pois dependia da quantidade de refeições que o Reclamante fazia. Por óbvio que em dias em que iniciava a jornada após às 12h, como se verifica em vários dias nos controles, não recebia os valores correspondentes ao café da manhã e almoço.

Nesta ótica, deveria o reclamante apontar objetivamente quais seriam as diferenças a título de diárias. Não o fazendo, nega-se a pretensão.

Em relação ao pedido de integração das diárias, os elementos dos autos revelam que as diárias se destinam a cobrir efetivas despesas de viagens, de acordo com a previsão nas Convenções Coletivas da categoria, em montante compatível com as viagens, tendo, portanto, natureza indenizatória, razão pela qual rejeito o pedido de integração da verba ao salário.

Com efeito, a irresignação obreira sem demonstrar quais seriam as diferenças devidas são argumentações genéricas que não têm o condão de modificar a sentença, mormente por haver confirmação obreira do recebimento de quantitativo correto das diárias.

O sistema processual civil estabelece como regra geral o pedido certo e determinado, todavia, não se olvide da possibilidade de, em determinadas situações, haver a formulação de pedidos genéricos, tais como aquelas hipóteses em que não for possível ao autor estabelecer critérios legais de mensuração dos pedidos, situação que não ocorre *in casu*. A postulação acerca do pagamento de diferenças das diárias necessitava da comprovação quanto ao quantitativo ser diverso do reconhecido.

Ainda que assim não fosse, destaco que os comprovantes de depósitos colacionados ao feito (id. d28cc37) não conduzem à ilação quanto à não correspondência ao quantitativo de diárias realizadas, até mesmo porque as diferenças perseguidas precisariam ser especificadas.

À míngua de provas em sentido contrário, descabida a pretensão obreira de reforma da sentença, nesse aspecto.

No que tange à natureza das diárias percebidas pelo reclamante, consoante § 1º do art. 457 da CLT, considera-se salário não apenas a parcela fixa paga ao obreiro, mas também aquela composta por comissões, gratificações etc., de maneira que o § 2º do mesmo dispositivo utiliza a nomenclatura "salário" para determinar a integração ou não das diárias que engloba a parcela fixa mais a variável do salário, sendo que somente as diárias de viagem que excedem 50% do salário percebido pelo empregado incluem-se à remuneração.

Na realidade, portanto, referido dispositivo celetista objetiva evitar que por meio de artimanhas (*plus* salarial) os empregadores se esquivem das obrigações trabalhistas e tributárias.

Nada obstante a isso, no caso em apreço, foram anexadas as Convenções Coletivas de Trabalho de 2013/2014, 2014/2015 e 2016/2016, as quais abrangem o contrato de trabalho do obreiro (2-12-2013 a 12-9-2016, conforme TRCT - id. 6b092c1) e, de acordo com o previsto em cada norma coletiva, foram discriminadas despesas que compunham o valor fixado para a diária (café da manhã, almoço, jantar e pernoite), bem como as respectivas quantias individualizadas a tais títulos, sendo que, ao menos a CCT 2016/2016 prevê expressamente o caráter indenizatório das verbas que compõem o valor da diária, senão vejamos (id. 2092dad, p. 3):

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA DIÁRIAS

As empresas concederão aos seus trabalhadores diárias de viagem no valor de R\$100,00 (cem reais), visando cobrir as seguintes despesas: Café da manhã R\$10,00 (dez reais), almoço R\$20,00 (vinte reais), jantar R\$20,00 (vinte reais), pernoite R\$50,00 (cinquenta reais), independentemente do tipo de viagem realizada pelo motorista, seja dentro ou fora do perímetro urbano. Sendo estas verbas de caráter indenizatório não incidindo tributos e nem reflexos salariais.

Nesse cenário, tem-se que o fator determinante à formação do valor total mensal a ser pago a título de diárias é a quantidade de dias trabalhados que demandam o pagamento dessa diária, de modo que acaba por sair do domínio do empregador qualquer limitação percentual em relação ao salário pago ao empregado (se acima ou abaixo de 50%), pois é a norma coletiva que determina o valor a ser pago pela diária.

Veja-se que no caso dos motoristas que permanecem longos períodos em viagem, como é o caso do reclamante, ainda que se considerasse uma média de apenas 20 dias de labor em viagem, acaso a diária fosse prevista em CCT a R\$100,00, já se atingiria a quantia de R\$2.000,00, que por certo supera a 50% do valor de seu salário mensal.

A propósito da presente discussão, entendo apropriada a transcrição dos ensinamentos de José Aparecido dos Santos (*in* Curso de Cálculos de Liquidação Trabalhista, 3ª ed., Juruá, 2012, p. 275), acerca da classificação das diárias como próprias e impróprias:

As diárias distinguem-se do mero ressarcimento de despesas mediante apresentação de notas, pois as primeiras constituem um valor determinado pago ao empregado para fazer frente às despesas, quase sempre calculado com base no número de dias destinados à viagem, sem que desse valor se preste contas. A "prestação de contas", por sua vez, constitui o mero reembolso das despesas atribuíveis ao empregador, caso em que o empregado é um mero intermediário no pagamento.

As diárias, em sentido estrito, por se destinarem ao ressarcimento das despesas com viagem, a rigor constituem parcela indenizatória. Existem, contudo, diárias impróprias, as quais visam não apenas ressarcir o empregado pelas despesas que realiza ou possa vir a realizar, mas se prestam também a oferecer acréscimo salarial ao viajante. Nesses casos as diárias assumem caráter salarial (retribuição pelo trabalho prestado).

Em virtude das dificuldades de se separar uma das outras, a CLT (art. 457, § 2º) criou um critério objetivo, muito criticado: prevê que são diárias impróprias (possuem natureza salarial) as que representem mais de 50% do salário, e que são diárias próprias (possuem natureza indenizatória) aquelas cujo montante não ultrapasse 50%. [destaque da Relatoria]

Considerando a definição supra, tem-se que no caso vertente as CCT fixam diária classificada como própria, prevendo seu pagamento com finalidade específica, portanto ostentando caráter indenizatório. Por exemplo, a CCT 2014/2015 previa que o valor da diária de viagem era de R\$90,00, para cobrir as seguintes despesas: café da manhã - R\$10,00, almoço - R\$15,00, jantar - R\$15,00 e pernoite - R\$50,00 (id. d2e2933).

Não se extrai da CCT que a diária não visasse apenas a ressarcir o empregado pelas despesas que realiza ou possa realizar. Não se extrai que se prestam também a oferecer acréscimo salarial ao viajante, quando então assumiriam caráter salarial, por também representarem retribuição pelo trabalho prestado.

Desse modo, fixando as CCT valor de diária para pagamento de despesas específicas, cujas quantias foram previamente consideradas pelos signatários, entendo que, conquanto seu valor mensal (aí considerado o quantitativo de dias trabalhados), possa vir a ultrapassar a 50% do salário do empregado, não há como reconhecer a natureza salarial da parcela, pois nesse caso, não se está diante da hipótese que o legislador buscou abarcar com o art. 457, § 2º, da CLT (aqui considerada sua redação anterior à denominada "reforma trabalhista" - Lei n. 13.467/2017), tampouco aplicável a este caso o teor da Súmula n. 101/TST, pois a hipótese dos autos contempla diárias classificadas como próprias, que visam apenas a ressarcir o empregado pelas despesas que realiza ou possa realizar àqueles títulos, nos próprios termos da norma coletiva que regulamenta seu pagamento pelo empregador.

Nessa ordem de ideias, não há como reconhecer o direito obreiro à integração do valor das diárias de viagem ao salário, pois evidente a natureza meramente indenizatória da parcela no caso em exame, ainda que nos períodos em que assim não foi expressamente previsto nas CCT.

Ressalto que vem sendo adotado pelo E. TST o entendimento de ser indevida a integração salarial das diárias de viagem quando a natureza jurídica indenizatória da parcela estiver prevista em norma coletiva. Nesse sentido, recente julgado daquela Corte:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DIÁRIAS DE VIAGEM. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM NORMA

COLETIVA. INTEGRAÇÃO INDEVIDA. Em face da possível violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. DIÁRIAS DE VIAGEM. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INTEGRAÇÃO INDEVIDA. Esta Corte Superior tem entendido pela validade da norma coletiva que estipula a natureza indenizatória das diárias de viagem. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 735-21.2017.5.21.0004, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 14/11/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/11/2018)

Constato inclusive precedente nesse sentido da Corte Superior Trabalhista em processo deste TRT14, tendo como parte outra empresa reclamada, porém, do mesmo segmento a que pertence a ora reclamada (PUJANTE TRANSPORTES LTDA), tendo sido provido o recurso de revista da ré, pela não integração das diárias ao salário, ante a natureza jurídica indenizatória prevista em norma coletiva para a parcela:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. DIÁRIAS DE VIAGEM. NATUREZA JURÍDICA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. Demonstrada possível violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. DIÁRIAS DE VIAGEM. NATUREZA JURÍDICA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. No caso ora analisado resta expresso na Norma Coletiva que as diárias têm natureza indenizatória e não integram para nenhum efeito ou possibilidade o salário do empregado. Registra-se que a norma coletiva é expressa ao prever a desnecessidade da "comprovação a priori ou a posteriori das despesas". Dessa forma, assinalado pelo Tribunal Regional que as diárias de viagem recebidas pelo empregado, eventualmente, correspondiam a mais de 50% do seu salário e que havia previsão em norma coletiva estabelecendo sua natureza indenizatória a parcela não possuiu caráter salarial. Ressalta-se, ainda, que esta Corte tem entendido pela validade do acordo coletivo que estipula a natureza indenizatória da parcela. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 858-73.2015.5.14.0007, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 20/09/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017)

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. MOTORISTA. [...]. DIÁRIAS DE VIAGEM. NATUREZA INDENIZATÓRIA PREVISTA EM NORMA COLETIVA. REFLEXOS. Em sendo incontroversa a existência de cláusula normativa, como resultado de regular negociação entre as partes, cuja validade sequer é questionada nestes autos, e que fixa natureza jurídica indenizatória à verba paga ao autor, a título de diárias, não há se falar nos reflexos postulados. Há que prevalecer, na hipótese, os termos convencionados, em face do reconhecimento devido às normas de composição autônomas, nos termos do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. Intactos os dispositivos invocados. Inespecíficos os arestos acostados para exame. Incidência da Súmula nº 296, I, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. [...]. (AIRR - 2249-90.2013.5.15.0044, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 21/09/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/09/2016)

No outro aspecto, tem o E. TST também entendido pela não integração salarial das diárias, mesmo que ultrapassem 50% do salário do empregado, quando a parcela é paga em decorrência da existência de instrumentos coletivos, assim concluindo por não contrariado o art. 457, § 2º, da CLT e a Súmula 101 daquela Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. [...]. 2. DIÁRIAS DE VIAGEM E INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. O Regional concluiu ser indenizatória a natureza da parcela "diárias de viagem", não obstante o fato de ultrapassar 50% do valor do salário do reclamante, asseverando, entre outras assertivas, que a parcela é paga em decorrência da existência de instrumentos coletivos. Em tal contexto, não há violação do art. 457, §§ 1º e 2º, da CLT. As Súmulas 101 e 318 do TST não estão contrariadas, pois não se dirigem à hipótese fática que se evidenciou para o Regional, de haver previsão em norma coletiva dispendo sobre o pagamento de diárias. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 2762-74.2013.5.23.0096, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 08/06/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/06/2016)

I - RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. [...]. DIÁRIAS OPERACIONAIS. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. O Tribunal Regional, ao manter a decisão de primeiro grau, entendeu que a verba em questão possui natureza indenizatória, tendo em vista a previsão nos acordos coletivos da categoria. A jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que as diárias, ainda que superiores a 50% (cinquenta por cento) do salário, quando destinadas exclusivamente a custear as despesas de viagem, sujeitando-se à prestação de contas, têm natureza indenizatória. Precedentes. No caso, embora a Corte Regional não registre que havia prestação de contas, a natureza indenizatória foi reconhecida em face da previsão contida na norma coletiva. Assim, deve-se prestigiar a negociação coletiva como forma de incentivo à autocomposição dos conflitos. Negar sua validade implica afronta ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, que veio prestigiar o acordo e/ou convenção coletiva como instrumento apto a dirimir dúvidas e conflitos sobre condições de trabalho e de salário pelos próprios interessados, por intermédio de suas legítimas representações sindicais. Estipulado em acordo coletivo que as diárias operacionais não integram a remuneração, não pode o julgador condenar a empresa, sob pena de ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. Dessa forma, a decisão do Tribunal Regional prestigia a negociação coletiva, nos termos do art. 7º, XXVI, a Constituição Federal, razão pela qual não se evidencia a afronta apontada ao art. 457, § 2º, da CLT, tampouco contrariedade à Súmula 101 do TST ou divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. [...]. (RR - 849300-30.2005.5.09.0006, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/11/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. DIÁRIAS DE VIAGEM. COMPROVAÇÃO DE DESPESAS. 1. Desservem à demonstração de dissenso interna corporis arestos que versam, de forma genérica, sobre a natureza salarial dos valores relativos a diárias superiores a 50% do salário, sem abordar a premissa que orientou a decisão embargada: controle de despesas de débito e crédito realizado pela reclamada, evidenciando a existência de prestação de contas, a afastar a natureza salarial das diárias de viagem. Aplicação da Súmula 296, I, desta Corte. 2. -Enquanto o § 1º do art. 457 menciona que tais diárias integram o salário obreiro, esclarece o § 2º do mesmo artigo que essa integração somente ocorrerá caso o montante mensal das diárias exceda a 50% do salário percebido pelo empregado. A intenção da lei tem que ser bem compreendida. O que pretendeu a CLT foi simplesmente fixar uma presunção relativa, hábil a distribuir equitativamente o ônus da prova no tocante a essa matéria. Nesse contexto, se as diárias para viagem não ultrapassarem 50% do salário mensal obreiro, presumir-se-ão regulares, destituídas assim de natureza salarial (cabendo ao empregado, portanto, provar que, na verdade, naquele caso concreto, configuram-se como fraudulentas). Caso as diárias venham a ultrapassar a fronteira de 50% do salário obreiro, serão presumidas como fraudulentas, dotadas assim de natureza salarial. Caberá, neste segundo caso, ao empregador evidenciar que tais diárias, embora elevadas, correspondem a efetivas despesas de viagens, não tendo, desse modo, qualquer caráter retributivo e qualquer sentido fraudulento -- tendo sido deferidas, pois, fundamentalmente para viabilizaras viagens a trabalho- (MAURÍCIO GODINHO DELGADO, Curso de Direito do Trabalho, 2ª edição, São Paulo: LTR, p. 690). 3. Não há falar em contrariedade à Súmula 101/TST, que apenas se refere à presunção relativa contida no art. 457, § 2º, da CLT, acerca da natureza salarial das diárias de viagem superiores a 50% do salário obreiro, sem abranger a hipótese de efetivo ressarcimento das despesas realizadas em função de viagem a trabalho, evidenciada pela Turma na moldura fática delineada

pela Corte de origem. 4. A Súmula 318/TST se limita aos critérios para a aferição da percentagem legal no caso do empregado mensalista - questão que não está em debate no presente feito. Recurso de embargos não-conhecido. (E-RR - 1717800-26.2002.5.09.0005, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 10/02/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011)

Entendo apropriada, com a devida vênia, a transcrição das razões de decidir da Excelentíssima Ministra Dora Maria da Costa nos autos TST-AIRR-2762-74.2013.5.23.0096 (ementa acima reproduzida), que demonstram a similitude da realidade fática que deu origem ao julgamento no TST à evidenciada no presente feito:

2. DIÁRIAS DE VIAGEM E INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO

[...]

O reclamante sustenta, às fls. 690/700 e 702/705, ser devido o pagamento de diárias de viagem e sua integração à remuneração. Argumenta que o Regional constatou o recebimento de diárias em valor superior a 50% do salário do reclamante e que é defeso ao intérprete simplesmente transmutar a natureza jurídica de uma parcela, principalmente focado em presunções. Salienta, também, que a reclamada não produziu nenhuma prova a respeito da natureza indenizatória das diárias. Aponta violação do art. 457, §§ 1º e 2º, da CLT e contrariedade às Súmulas 101 e 318 do TST.

O Regional concluiu ser indenizatória a natureza da parcela "diárias de viagem", não obstante o fato de ultrapassarem 50% do valor do salário do reclamante, asseverando que: a) a parcela é paga em decorrência da existência de instrumentos coletivos que tratam da matéria; b) segundo o último instrumento coletivo que vigorou para o período do vínculo, a reclamada deveria pagar, a título de diária para alimentação, o importe de R\$ 33,00 por dia de trabalho; c) o reclamante, exercendo a função de motorista e ativando-se em extensa jornada laboral, necessita, ao longo do dia, realizar, no mínimo, três refeições, sendo café da manhã, almoço e jantar; d) o trabalhador poderia, ao longo de um dia, efetuar três refeições, a um preço médio de R\$ 11,00 cada, ou, caso assim preferisse, buscar uma alimentação mais farta em algum horário, e outra mais barata em outro; e) evidente que as diárias em questão não se destinam a retribuir um trabalho realizado, mas a indenizar o trabalhador pelas suas despesas diárias com refeição, realizadas pela exclusiva condição de motorista, desempenhando as atividades de maneira externa, embora sob rígido controle horário. Diante de tais assertivas, decorrentes da análise fático-probatória efetuada, não há violação do art. 457, §§ 1º e 2º, da CLT.

As Súmulas 101 e 318 do TST não estão contrariadas, pois não se dirigem à hipótese fática que se evidenciou para o Regional, de haver previsão em norma coletiva dispondo sobre o pagamento de diárias.

Nego provimento.

Por todo o exposto, entendo por bem manter a decisão primária.

Improvido, portanto.

2.3 CONCLUSÃO

DESSA FORMA, conheço dos recursos ordinários patronal e obreiro. No mérito, nego provimento ao apelo da reclamada, bem como ao recurso do reclamante. Ainda, determino, de ofício, que a obrigação fixada na sentença, relativa aos honorários de sucumbência devidos pelo autor ao patrono do reclamado, deverá ficar sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderá ser executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, o credor demonstrar ter deixado de existir a situação de insuficiência

econômica que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tal obrigação do beneficiário, independentemente dos créditos trabalhistas obtidos neste ou em outro processo, durante esse período, os quais não poderão ser exigidos para pagamento da despesa decorrente da sucumbência, ante a declaração, pelo Pleno deste TRT, nos autos da ArgInc 0000147-84.2018.5.14.0000, da inconstitucionalidade material da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*", contida no § 4º do art. 791-A da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017.

Advirto que eventual oposição de medida aclaratória com intuito de rever o posicionamento adotado no presente Acórdão, e não sanar omissão, contradição, obscuridade ou erros materiais, será considerada protelatória e a parte, apenada com aplicação de multa correspondente.

3 DECISÃO

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, à unanimidade, conhecer dos recursos ordinários patronal e obreiro; no mérito, negar provimento a ambos os recursos, apenas determinando, de ofício, que os honorários de sucumbência devidos pelo autor ao patrono do reclamado, deverão ficar sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do voto da Relatora. Vencida parcialmente a Des. Maria Cesarineide de Souza Lima, que entendia pela inconstitucionalidade *in totum* do §4º do art. 791-A, da CLT, assim excluindo a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento dos honorários sucumbenciais. Sessão de julgamento realizada no dia 23 de abril de 2019.

Porto Velho-RO, 23 de abril de 2019.

(assinado digitalmente)

DESEMBARGADORA VANIA MARIA DA ROCHA ABENSUR

RELATORA