



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 1ª REGIÃO 8ª Turma

PROCESSO nº 0011599-09.2015.5.01.0243 (RO)

**RECORRENTE: ALIANCA S/A - INDUSTRIA NAVAL E EMPRESA
DE NAVEGACAO, PEDRO FERREIRA DA SILVA FILHO**

**RECORRIDO: ALIANCA S/A - INDUSTRIA NAVAL E EMPRESA DE
NAVEGACAO, PEDRO FERREIRA DA SILVA FILHO**

RELATOR: DALVA AMELIA DE OLIVEIRA

EMENTA

DISPENSA IMOTIVADA. PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. REINTEGRAÇÃO E DANOS MORAIS. Inexistindo comprovação de que a ré tenha cometido ato discriminatório ao dispensar empregado portador de neoplasia maligna, não há que se falar em ato ilícito.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Recurso Ordinário**, em que são partes: **ALIANÇA S/A - INDUSTRIA NAVAL E EMPRESA DE NAVEGAÇÃO** (Adv. Paulo Mario Reis Medeiros - OAB: RJ0082129) e **PEDRO FERREIRA DA SILVA FILHO** (Adv. Alexandre Costa Peçanha - OAB: RJ0115861), como recorrentes e recorridos.

Inconformados com a r. sentença de Id c8e5894, prolatada pelo MM. Juiz **Fabiano fernandes Luzes**, da 3ª Vara do Trabalho de Niterói, que julgou procedente em parte o pedido, complementada sob Id 2aabce4, recorrem ordinariamente as partes, pugnando pela reforma do julgado na parte que lhe foi contrária.

Razões recursais do autor sob Id 2bb778f e da ré sob Id 227cf22.

Depósito recursal e custas sob Id b87fe70, 55c5870 e 10f396b.

Contrarrazões do autor sob Id 194061f e da ré sob Id 4200251 e

Sem manifestação do Ministério Público do Trabalho, em razão do disposto no Ofício nº 27/08 - Gab. da P.R.T., 1ª Região.

Éo relatório.

CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários.

MÉRITO

RECURSO DO AUTOR

DA REINTEGRAÇÃO, DO PEDIDO SUCESSIVO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA E DA MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE

Alega o autor no libelo que teve diversos contratos sucessivos com a ré iniciando em 1979; que o último contrato firmado ocorreu de 01/12/2006 até 02/09/2015, quando dispensado sem justa causa; que a última remuneração recebida foi no importe de R\$18.389,39; que é portador de câncer (carcinoma) na bexiga; que a empresa tinha conhecimento de sua enfermidade quando do rompimento do contrato de trabalho, pois que a doença está indicada no atestado demissional (Cid 10 c67); que sua dispensa foi discriminatória; que a Lei 9029/95 é clara ao dispor que o rompimento da relação de emprego por ato discriminatório faculta o empregado a optar pela readmissão com pagamento do período de afastamento ou a percepção em dobro do período de afastamento, independentemente da reparação por dano moral; que a Súmula 443 apregoa que "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego"; que é discriminatória a dispensa de um empregado que contava com 36 anos de casa, quase que seguida da aquisição de um câncer. Pleiteia sua reintegração, com pagamento de salários do período de afastamento, uma indenização por dano moral e a manutenção do plano de saúde, inclusive dos seus dependentes, até a confirmação do término de sua doença.

Aduz a ré em defesa que a demissão do autor não foi motivada por qualquer ato discriminatório, mas sim como parte de um inevitável processo de desmobilização do seu quadro de pessoal, haja vista a pública e notória crise enfrentada pela indústria de construção naval; que o processo de desmobilização na reclamada iniciou-se em meados de 2015, tendo sido o autor demitido unicamente por conta de seu alto salário e pela desnecessidade de manutenção da função com o corte então iniciado, sem nenhuma relação com condições pessoais do trabalhador; que os CAGEDs juntados demonstram que a partir de julho de 2015 (autor pré-avisado em agosto) iniciou-se o processo de redução do quadro nos dois estabelecimentos da ré, que alcançou 351 demissões até o mês de dezembro de 2015; que a magnitude dos cortes foi, inclusive, reconhecida pelo sindicato profissional, que firmou com a empresa um Termo de Compromisso em que são pactuados benefícios adicionais aos empregados demitidos; que o critério utilizado para promover os inevitáveis cortes em 2015 foi unicamente o custo da folha; que o autor percebia um salário considerável para qualquer padrão e no momento da demissão já se encontrava aposentado.

O pleito foi indeferido com a seguinte fundamentação:

Observo inicialmente que a enfermidade do autor, não é um fato novo, mas sim uma mazela que o reclamante suporta desde 2011. Assim, se fosse intenção da reclama exercer atividade discriminatória, o teria feito quando da ciência, não permitindo assim que o reclamante permanecesse tanto tempo nos quadros da empresa. Cumpre ainda observar que a doença, de gravidade extrema, não possui perfil incapacitante, dado que o reclamante permaneceu em perfeita atividade até o fim de sua relação contratual. De igual sorte, não fica caracterizada a natureza estigmatizante, que permita a aplicação do conteúdo da Súm. 443, C.TST, como tentado pelo reclamante. Em seu depoimento pessoal, o reclamante indica que "...passou pelo primeiro processo cirúrgico em função de ser portador de neoplasia maligna em 07.11.2011; que a empresa nunca manifestou-se de forma discriminatória em relação ao depoente pela doença acima indicada...".

Nesta mesma linha, devemos questionar se uma empresa que discrimina seu funcionário, realizaria um empréstimo de R\$ 65.000,00, menos de um ano antes de sua demissão. Não nos parece que este seria o caminho.

É possível ainda verificar que a reclamada comprova nos autos a materialização das medidas de "encurtamento do quadro de funcionários", através dos diversos CADEGs trazidos (id 7a0c390/7951316/1d87b19/7a249ad), política essa iniciada em meados de 2015. Considerando o elevado perfil remuneratório do reclamante, considerando que este foi substituído por outro empregado do quadro de funcionários, e ainda, considerando que não houve comprovação da contratação de outro colaborador para seu lugar, fica evidenciado que a reclamada realmente manteve a plenitude de sua política de redução de quadro, o que passaria, em algum momento, pelos cargos de gestão, como acontecido no caso aqui enfrentado.

Devemos destacar ainda que tal situação de agravamento financeiro é atestado pela negociação entre reclamada e o sindicato profissional, ao estabelecer, como meio de mitigar as mazelas trazidas pela dispensa coletiva, Termo de Compromisso em que são pactuados benefícios adicionais aos empregados demitidos.

A função social da empresa possui previsão constitucional, devendo sim haver a inserção das empresas na lógica de desenvolvimento social de nosso Estado. Entretanto, isso não pode significar que a empresa inicie um processo de "autofagia" para salvar postos de trabalho. Pelo contrário, é salutar que a empresa busque uma adequação de seu tamanho, para que possa continuar a ser produtiva, tentando superar um momento de crise econômica, para então, voltar a crescer, empregar, pagar impostos, e ajudar no desenvolvimento de nossa nação, seja pelo aspecto econômico-financeiro, seja pelo aspecto social.

É de se louvar que um empregado permaneça em atividade para um empregador por 36 anos, mas isso não significa que a empresa passe a ter o dever de manutenção deste em seus quadros de forma definitiva. Primeiro, porque nosso ordenamento aboliu a existência da estabilidade decenal, o que na visão deste magistrado representa manifesto retrocesso social. Superada tal análise, e entendo que este foi o caminho escolhido pelo nosso ordenamento jurídico, é necessário destacar que a possibilidade de extinção do contrato de trabalho é um direito potestativo que cabe para as duas partes, seja pelo empregado, porque buscou nova possibilidade no mercado de trabalho, seja pela empregadora, que buscou novo profissional para o desempenho daquela função, ou porque optou pela redução de sua folha de pagamentos, como é o caso aqui analisado. Logo, não merece prosperar tal fundamento.

Por todo o exposto, não verifico a existência de discriminação da dispensa ocorrida, ou mesmo pessoalidade nesta medida, e por isso, julgo improcedente o pedido de reintegração do reclamante, bem como o pedido de indenização substitutiva.

Ato contínuo, não mais permanecendo aos quadros da empresa, e não estando comprovada a existência de norma negociada, ou mesmo tratativa interpessoal entre empresa e reclamante para a manutenção do plano de saúde, não há porque

a reclamada permanecer suportando este ônus financeiro. Não há que se falar em dever de solidariedade, pois este dever, como já dito, decorre de lei, de negociação coletiva, ou de negociação direta entre as partes, o que não ficou evidenciado.

Assim, revejo a tutela antecipada deferida, excluindo assim o direito do reclamante de permanecer em gozo de plano de saúde fornecido pela reclamada.

Pugna o autor pela reforma do julgado ao argumento de que o verifica-se do CAGED colacionado sob Id b908469 - Pág. 2, que no mês seguinte a dispensa do recorrente foi colocado outro gerente de RH (Sra. Elvira Maria Leal Pereira) em seu lugar; que nenhum outro gerente foi dispensado naquele período; que foi dispensado cerca de dois meses antes de uma cirurgia importantíssima, fato de conhecimento da empresa que não impugnou os atestados colacionados; que em janeiro de 2016 quatorze pessoas foram admitidas, conforme CAGED de Id 7a249ad- Pág. 2; que a dispensa ocorreu no momento em que mais necessitava de auxílio; que o empréstimo somente foi efetivado mediante a certeza de que a resilição suplantaria facilmente o valor de tal concessão; que o TRCT demonstra que debitou o valor inerente ao empréstimo; reitera o mesmo tal afirmação de "...que a empresa nunca manifestou-se de forma discriminatória em relação ao depoente pela doença acima indicada...", Id 29593c - Pág. 2; pois a discriminação não se deu na constância do contrato de trabalho, mas sim no momento da dispensa. Requer o deferimento da manutenção da tutela conferida na ata de Id ca9000c até o trânsito em julgado; reintegração ao posto de trabalho com supedâneo no item "2" da fundamentação (nas exatas condições do anteriores ao ato de dispensa), ou sucessivamente condenação ao pagamento de indenização substitutiva com base nos ditames inscritos no art. 4º, I e II da Lei 9029/95 (ambos independentemente da reparação por danos morais e no caso da indenização substitutiva, considere como termo final a data de publicação da sentença); enfim a manutenção do plano de saúde (inclusive em relação aos seus dependentes) até a confirmação do término da enfermidade (na forma constante do item "3", da fundamentação.

Com razão em parte.

A empresa, em defesa, alega que a demissão ocorreu por conta de uma reestruturação da empresa.

Inicialmente, cabe salientar que o C. TST tem admitido o direito à reintegração do empregado portador de doenças tais como a AIDS, quando caracterizada a despedida discriminatória. Nesse sentido, a Súmula 443 do TST:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Entretanto, face aos termos da defesa apresentada, incumbia ao recorrente, à luz do que estabelece o art. 818 da CLT c/c o inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil, provar suas alegações, ou seja os fatos constitutivos do direito alegado.

O autor provou que é portador de câncer. É incontroverso que a empresa era sabedora da enfermidade acometida pelo empregado desde 2011, porém nunca procedeu de forma discriminatória, conforme declarado pelo autor em seu depoimento pessoal, tendo trabalhado até o momento de sua demissão em 2015.

O autor deixou de provar que sua dispensa decorreu de ato discriminatório por ter contraído a doença. A ré provou que o motivo do desligamento do autor foi a reestruturação da empresa, tanto é que firmou um Termo de Compromisso com o Sindicato da categoria, Id 9f7446b e 29a9cbe, prevendo benefícios adicionais aos demitidos.

Em razão da idade, o fato de estar aposentado e do alto salário recebido o autor por certo entraria no rol de demitidos. Não há provas nos autos de que a sua demissão se deu em razão da enfermidade a que estava acometido.

O fato de a empresa ter-lhe concedido um empréstimo no importe de R\$65.000,00, Id 5df91cd-Pág. 2, revela por si só que não tinha intenção de discriminá-lo, até porque a demissão ocorreu um ano após. Nem se diga que quando do empréstimo a empresa já estaria planejando a sua demissão, pois que o processo de desmobilização do quadro de pessoal da ré começou em julho de 2015 e o empréstimo ocorreu em 09/2014.

O fato de a empresa contratar pessoal em janeiro de 2016 não revela o alegado ato discriminatório, eis que em alguns meses a conjuntura econômica da empresa pode ter modificado. Ademais, está no direito potestativo da empresa efetivar demissões mediante pagamento de indenização e contratar empregados novos na forma que lhe convier, com salários menores, adequando à realidade econômico-financeira da empresa.

É irrelevante o fato de o cargo por ele ocupado (gerente de RH) tenha sido ocupado por outra pessoa, uma vez que a função desempenhada pelo autor era de fundamental importância pela empresa, o que fica muito evidenciado pela sua remuneração e pelas tarefas inerentes ao gerente de recursos humanos, não se podendo exigir que a empresa não pudesse contratar outra pessoa.

Portanto, o ato demissional foi praticado no legítimo exercício do poder potestativo pelo empregador.

Diante disso, não tendo o autor comprovado que a ré tenha cometido ato discriminatório a ensejar sua demissão, nego provimento ao apelo no particular.

No tocante ao plano de saúde com razão em parte.

Embora o autor não tenha feito menção ou remissão à Lei n. 9.956/98, o fato é que ele tem direito à manutenção do plano de saúde, nos moldes fixados naquele diploma.

Nota-se que na inicial trabalhista basta uma breve exposição dos fatos de que decorre o dissídio não sendo necessária a indicação de fundamento legal.

Logo dou provimento parcial, condeno a ré a manter o plano de saúde nos moldes da Lei 9.656/98, ou seja, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o ex-empregado o seu pagamento integral.

INDENIZAÇÃO PELA SUPRESSÃO DO BENEFÍCIO DE CARRO PARTICULAR

Alega o autor no libelo que quando atuava para a ré, recebeu veículo fornecido por esta a partir de 2010 (inicialmente uma Paraty, depois um Honda Civic e por último um Fox branco); que os veículos lhe eram concedidos assim como aos superintendentes (de produção, estrutura, suprimento e financeiro); que tinham a disposição 24 horas por dia um automóvel, tanto para o trabalho como para o lazer nos finais de semana, inclusive com direito a auxílio combustível; que quando houve a supressão do benefício, todos os superintendentes foram indenizados no importe médio de R\$90.000,00; que o benefício de auxílio combustível foi suprimido assim como o benefício carro particular. Requer seja declarada a natureza salarial *in natura* destes, e sucessivamente, a manutenção dos benefícios.

Aduz a ré em defesa que tais benefícios nunca foram concedidos, onde apenas disponibilizava-se veículo ao autor para atividades vinculadas à prestação do serviço, considerando que este, por muitas vezes, era obrigado a deslocar-se para a outra unidade da empresa, ou mesmo atribuições diversas; que os carros mencionados pelo autor (Paraty, Honda Civic e Fox Branco) não podem ser considerados automóveis de diretoria sendo meramente veículos operacionais, ferramenta de trabalho utilizada pelo autor; que a supressão, alteração ou acréscimo desta é direito do empregador incluído em seu *jus variandi* e fez parte das medidas de redução de custos implementada pela empresa; que não se trata de contraprestação salarial, ainda que o autor pudesse utilizar os veículos da reclamada no trajeto trabalho-residência; que o fornecimento de subsídios para a utilização da ferramenta (veículo) é medida de ordem prática, não contraprestação salarial; que como o veículo poderia ser utilizado por varias pessoas, era comum a necessidade de reabastecimento, razão pela qual empregados que utilizavam com mais frequência os carros recebiam um cartão para este fim.

O pleito foi indeferido com a seguinte fundamentação:

Inicialmente, destaco que este magistrado ficou convencido de que o benefício era concedido estritamente para os cargos de Diretoria e Superintendência. Veja que o reclamante seria o único gerente, do corpo funcional da empresa a gozar deste benefício, junto aos demais cargos já citados. Não parece crível que, numa empresa em que existem gerentes de diversas áreas, como financeiro, de planejamento, contábil, dentre outros, apenas o reclamante pudesse contar com a benesse empresarial para ter um benefício tão atrativo.

Verifico ainda que a prova oral colhida é convincente no que tange ao racional de fornecimento do veículo apenas para a realização de atividades ligadas às atividades da empresa, o que eventualmente poderia viabilizar que o reclamante levasse o veículo para sua residência e deste local, se direcionasse para seu destino no dia seguinte. Para tanto, aponto o depoimento do preposto da ré, ao afirmar "que inicialmente os diretores tinham, como benefício, veículos, sendo depois estendido aos superintendentes; que existiam carros funcionais da empresa que os cargos de confiança e gerente poderiam utilizar conforme eventuais necessidades; que o reclamante poderia utilizar o carro funcional, para realização de suas atribuições, podendo eventualmente ir para casa com veículo, se precisasse estar cedo em algum destino no dia seguinte; que os diretores e superintendentes recebiam um cartão para abastecimento do veículo; que no caso de veículos funcionais, o abastecimento era feito pela empresa...". Nesta mesma linha, vejo que a testemunha Thiago Martins Moraes indica "...que não sabe informar se o veículo era exclusivo para o reclamante mas nunca viu outra pessoa dirigir tal veículo...".

Verifico ainda que a prova oral é cristalina, ao sinalizar que a regra era de deixar o veículo na empresa, disponível para todo e qualquer empregado que precisasse, o que não impedia de, eventualmente, algum funcionário pernoitar com este, em situações pontuais.

Veja que a defesa da reclamada endossa o aqui explanado, ao afirmar que "o autor tinha autorização para utilizar veículos da empresa em seus deslocamentos diários, que eram frequentes, ou mesmo para ir e retornar do trabalho para casa. E os veículos utilizados, que permaneciam na garagem do estabelecimento em que laborava o autor, poderiam ser vários, não sendo nenhum deles de utilização exclusiva do reclamante, que dirá de sua propriedade".

De igual sorte, mesmo que não seja um argumento definitivo, verifica-se que a rotina empresarial não costuma fornecer para cargos de tão grande relevância, veículos denominados "populares". Logo, não parece razoável entender que a empresa forneceria os veículos citados pelo reclamante em sua reclamação trabalhista, parecendo claro que eram veículos eminentemente operacionais.

Deste racional, é possível observar que seria lógico afastar por completo a tese de que o reclamante recebesse auxílio-combustível, permitindo concluir, com base na

prova oral, que a empresa fornecia cartão específico para que todo empregado que usasse o veículo, fizesse o abastecimento. Logo, não era um benefício personalizado, mas sim um meio simples para manter o abastecimento regular do carro utilizado.

Portanto, por todo o exposto, julgo improcedentes os pedidos.

Pugna o autor pela reforma do julgado ao argumento de que o preposto em depoimento pessoal não nega a existência do benefício, atraindo para si o ônus da prova do qual não se desincumbiu; que a testemunha trazida pelo réu declarou "que sabe dizer que o reclamante usava carro da empresa, mas não sabe informar se este era disponibilizado estritamente ao reclamante"; que para formação de seu convencimento, o juízo de 1ª instância levou em consideração apenas o depoimento do preposto e da testemunha do recorrente (Thiago Martins Moraes indica), que proclamou "...que não sabe informar se o veículo era exclusivo para o reclamante mas nunca viu outra pessoa dirigir tal veículo..."; que a recorrida não só confirmou a existência do citado benefício como também, confessou o pagamento da indenização pela supressão do mesmo. Requer seja deferido o pedido de indenização pela supressão do benefício carro particular no importe de R\$ 90.000,00 e, sucessivamente, o pagamento de uma indenização cujo importe deverá ser arbitrado.

Sem razão.

De acordo com a Súmula 367, I, do TST, o veículo fornecido pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho não tem natureza salarial, ainda que seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares.

Transcrevo trechos pertinentes dos depoimentos pessoais e das testemunhas para uma melhor elucidação do caso em análise, Id d29593c:

*depoimento pessoal do autor:

(...) que o veiculo disponibilizado ao Autor - a partir de 2010 - ficava numa vaga destinada ao RH, onde eventual necessidade da empresa de utilização deste por outro funcionário deveria ser comunicado a assessoria administrativa, que, então, consultava o depoente sobre a possibilidade ou não de utilização do veiculo; que apenas o depoente teve gozo de tal beneficio por chegar muito cedo e sair tarde das dependências da ré; que o benefício foi retirado em dez/2014 tanto do depoente quanto dos superintendentes; que estes segundos receberam uma gratificação para aquisição de veículo, o mesmo não acontecendo com o depoente. (grifei)

*depoimento pessoal do preposto:

que inicialmente os diretores tinham, como benefício, veículos, sendo depois estendido aos superintendentes; que existiam carros funcionais da empresa que os cargos de confiança e gerente poderiam utilizar conforme eventuais necessidades; que o reclamante poderia utilizar o carro funcional, para realização de suas atribuições, podendo eventualmente ir para casa com veículo, se precisasse estar cedo em algum destino no dia seguinte; que os diretores e superintendentes recebiam um cartão para abastecimento do veículo; que no caso de veículos funcionais, o abastecimento era feito pela empresa; que exibido ao depoente documento id 3f7eb74, demonstrativo do superintendente financeiro, no valor de R\$90.000,00 disse que "gratificação Rio" foi um valor lançado para diretores e superintendentes que gozavam do benefício do veículo, onde a empresa não mais forneceria diretamente o benefício, viabilizando que cada um comprasse o seu (...)

* depoimento da testemunha apresentado pelo autor, Sr. Thiago Martins Moraes:

(...) que o reclamante tinha carro fornecido pela empresa, que o autor ia todos os dias com o carro para casa; que no final de 2014 todos os que tinham carro da empresa tiveram que devolver; que não sabe informar se o veículo era exclusivo para o reclamante mas nunca viu outra pessoa dirigir tal veículo; que pelo que

sabe, uma gratificação foi paga para todos aqueles que deixaram de ter carro, mas não sabe valores; que pelo que sabe, o reclamante não recebeu gratificação; que o reclamante tinha o benefício de ticket car, para combustível; que o autor deixou de receber tal benefício no final de 2014, acreditando que ocorreu em função da exclusão do benefício do veículo, mas informa que nem todos deixaram de receber este ticket car; que sabe desta informação pois possuía a planilha de benefícios dos empregados (...)

*depoimento da testemunha apresentada pela ré, Sra. Solange de Cerqueira Guimarães:

(...) que sabe dizer que o reclamante usava carro da empresa, mas não sabe informar se este era disponibilizado estritamente ao reclamante.

Ficou evidenciado pelo depoimento do autor que a utilização do veículo se dava para o trabalho, já que viabilizava chegar cedo e sair tarde das dependências da ré. Ademais, no libelo também declara que utilizava o veículo para o trabalho.

Como visto alhures o uso particular do automóvel também para fins particulares, não traduz a natureza salarial da utilidade.

E como declarando ainda pelo autor o veículo ficava numa vaga destinada ao RH, para eventual necessidade da empresa por outro funcionário.

Portanto, não há que se falar em salário *in natura*, evidenciado que ao benefício era fornecido para o trabalho, razão pela qual não há como se cogitar em natureza salarial.

O fato de a empresa indenizar diretores e superintendentes que usufruíam da utilização de veículos não é fato gerador de igual benesse ao autor, eis que praticado no legítimo exercício do poder diretivo pelo empregador, mormente considerando que o autor exercia outra função (gerente de RH).

Nego provimento.

AUXÍLIO COMBUSTÍVEL, SALÁRIO *IN NATURA* E SUA SUPRESSÃO

Alega o autor em seu recurso que a exemplo da concessão e posterior supressão do benefício carro particular, em relação ao auxílio combustível o preposto da ré também confessou o fornecimento de tal auxílio, pois que declarou "... que os diretores e superintendentes recebiam um cartão para abastecimento do veículo; que no caso de veículos funcionais, o abastecimento era feito pela empresa; que exibido ao depoente documento id 3f7eb74"; que a ré confessa a existência da benesse, atraindo a ré atraiu para si o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito; que a testemunha do recorrente foi categórica em proclamar "que o reclamante tinha o benefício de 'ticket car', para combustível; que o autor deixou de receber tal benefício no final de 2014, acreditando que ocorreu em função da exclusão do benefício do veículo, mas informa que nem todos deixaram de receber este 'ticket car'; que sabe desta informação pois possuía a planilha de benefícios dos empregados"; que o julgador não se atentou para a confissão do preposto, e equivocadamente atribuiu tal prova ao ora recorrente, quando a legislação sobre a matéria determina o contrário.

Sem razão.

Coaduno com o entendimento exarado pelo julgador de 1º Grau no sentido de que a ré fornecia cartão específico para que todo empregado que usasse o veículo fizesse o

abastecimento, mormente em relação aos veículos que ficavam à disposição do RH.

Assim, a benesse não era personalizada, mas sim devida somente para manter o abastecimento regular do veículo utilizado.

E como visto no capítulo anterior a utilização do veículo se dava para o trabalho e não pelo trabalho, razão pela qual também não reveste de natureza salarial o auxílio combustível.

Nego provimento.

RECURSO DA RÉ

HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA

Alega o autor no libelo que trabalhava das 6h às 20h e 30min, de segunda a sexta-feira, sábados, desde o início do pacto laboral até 12/2013 das 7h às 16h, sendo que a partir de 01/2014 laborou dois sábados por mês das 7h às 16h, e todos os domingos das 7h e 16h, sempre com uma hora de intervalo; que estava sujeito a um rígido controle de jornada, não podendo admitir ou demitir funcionários, apenas sugerir contratação ou demissão; que não podia advertir ou suspender drm prévia comunicação de sesu superiores hierárquicos; que jamais participou da celebração de contratos em favor da ré ou memso participou da constotuição dos mesmos; que suas atividades e decisões estavam sempre condicionadas ao aceite dos diretores, Sr. Marcelo Jorge Martins e Sr. Daniel Linhares e do superintendente Sr. Darcy de Paula; que não existe em seus *holarites* ou CTPS qualquer adicional identificando a percepção de remuneração diferenciada em função do cargo desenvolvido; que lhe são devidas horas extras a partir da oitava trabalhada, 44^a semanal e reflexos.

Aduz a ré em defesa que por ser o autor detentor de cargo de confiança, Gerente de Recursos Humanos, estando este incluso, portanto, na exceção do art. 62, II da CLT, o que exclui o regime de duração de jornada previsto na CLT; que as atribuições do autor iam bastante além de tarefas de índole operacional, cumprindo ao autor, por exemplo, contratar e demitir funcionários, aplicar medidas disciplinares e representar a empresa em juízo e fora dele; que recebia remuneração compatível com a sua função, mais de 60% superior ao do cargo imediatamente anterior ou qualquer outro da gerencia de RH. Nega a jornada apontada na exordial.

O pleito foi deferido com a seguinte fundamentação:

(...) É incontroverso nos autos que a remuneração percebida pela parte autora encontra-se num patamar diferenciado ao estabelecido para outros empregados que compõem o quadro da parte ré, restando, entretanto, a necessidade de analisar a questão afeta à fidúcia atinente ao cargo desempenhado. Entretanto, tal remuneração visa apenas a paga da maior confiança do cargo, maior preparação necessária para o mesmo. É necessária a existência de gratificação devidamente discriminada, o que não observo. Basta observar a CTPS e os holerites (exemplificativamente, os ids 4c833a1/125dcbc/73bb1c8/b748fc1/0426974), para confirmar que inexistente qualquer adicional identificando a percepção de remuneração gratificando o cargo desenvolvido.

Observo ainda que a reclamada indica que o reclamante recebia até 60% acima do que recebiam os funcionários que com este trabalhavam. Entretanto, não observo um único documento que realize a correlação entre o salário do reclamante e o salário recebido pelos demais empregados a este vinculados, o que nos impede de concluir pela linha de raciocínio da reclamada.

Superado este, passemos a analisar não apenas a fidúcia existente, mas a autonomia e relevância do cargo desempenhado.

A parte ré aponta em sua defesa, rol de atividades desempenhadas pela parte autora, baseando neste argumento para endossar a tese de que seria um cargo de confiança. Observo não haver razão ao mesmo.

É inegável que a distribuição de funções numa organização empresarial avança em termos de complexidade, na medida em que existe aperfeiçoamento do trabalho exercido, maior acúmulo de conhecimentos, bem como passa o agente a exercer parte dos poderes administrativos afetos à gestão da empresa. Assim, sendo o trabalhador um efetivo "longa manus" da alta gestão empresarial, será possível qualificar este como detentor de fidúcia suficiente a afastar a regra atinente à jornada de trabalho.

Entretanto, não observo que tal situação ocorra no caso aqui enfrentado. Não exerce a parte autora uma atividade singela, mas tal fato não endossa a tese da parte ré de existir função de confiança que se adeque ao teor do art. 62, II, CLT. A maior complexidade das atividades desempenhadas é sempre acompanhada de uma remuneração mais vantajosa. Mas a remuneração elevada, por si só, não é meio hábil para qualificar a função de confiança. Portanto, não podemos confundir a ideia intrínseca à "remuneração diferenciada" com a existência de "confiança diferenciada".

A confiança necessária, inserida na exceção do art. 62, II, CLT, deve ser de tal magnitude, que denote uma liberdade extrema do funcionário para agir, fazer, tomar decisões que possam comprometer a própria existência da organização empresarial. Não estamos aqui defendendo que não devam existir limites, mas estes devem ser efetivamente abrandados pelo perfil do cargo desenvolvido.

Passagem emblemática da contestação, que tomamos a liberdade de aqui reproduzir, afirma o seguinte: "aponta a reclamada que o Sr. Darci de Paula era o superior hierárquico do autor, e que nas vezes em que visitou o estabelecimento em que trabalhava o autor foi por este convidado a permanecer no mesmo local de trabalho, em vistas a facilitar a comunicação e interação entre ambos. E, como superior hierárquico do reclamante, cabia ao Sr. Darci a obrigação de questionar o que fosse necessário, incluindo a determinação de refazimento, correção ou modificação de um trabalho, sem que isso implique em ato ilícito, vergonha ou humilhação.". Observa-se que a própria reclamada relata que o reclamante não possuía plena liberdade, devendo prestar contas, levar informações, e mesmo ser questionado pelas suas condutas por este superior hierárquico.

Alega a reclamada que o reclamante exercia atribuições iam além de tarefas de índole operacional, cumprindo, por exemplo, contratar e demitir funcionários, aplicar medidas disciplinares e representar a empresa em juízo e fora dele. Entretanto, todos estes citados são atribuições afetas ao Departamento Pessoal de uma empresa. O que de fato ocorre é uma penalidade imposta por um superior, mas que é repassada ao funcionário penalizado por tal departamento, o que pode ser feito pelo gerente, como também pelo auxiliar/assistente/analista que com este trabalha. O que precisava ficar claro seria a possibilidade do reclamante poder admitir, demitir, promover ou penalizar os funcionários a este vinculados, o que não restou evidenciado.

Verifico também que o fato do reclamante atuar como preposto da empresa em eventuais audiências ou negociações com sindicato não servem como parâmetro, pois o que importa para a presente análise é o grau de autonomia do empregado, o que não ficou evidenciado.

Analisando a prova oral colhida verifico que o depoimento do reclamante é esclarecedor, ao apontar "...que não tinha autonomia para concessão de eventuais benefícios ao seu grupo de funcionários, devendo buscar autorização junto ao diretor geral/residente; que não tinha autonomia para contratação, demandando preenchimento prévio de solicitação de pessoal com as funções a serem exercidas, que também seriam autorizadas pelo diretor; que as demissões dos demais departamentos eram previamente enviadas ao diretor, que as aprovava e remetia, na sequência, ao departamento pessoal; que caso precisasse chegar mais tarde na empresa ou precisasse sair mais, precisaria de prévia autorização do diretor geral; que não tinha autonomia para praticar qualquer penalidade aos funcionários subordinados ao depoente...". Em outra passagem, indica "...apesar de não possuir controle de jornada normal, era obrigado a registrar sua entrada na "catraca", que ficava na portaria, e que o diretor geral solicitava mensalmente o relatório dessas entradas ao depoente, visando verificar a jornada de trabalho de todos os gerentes; que quando comparecia na empresa com veículo, os seguranças registravam a entrada e saída deste na portaria da empresa...".

Outro aspecto da prova oral colhida, que endossa a ausência de autonomia do reclamante é o depoimento do preposto da ré, quando este afirma que "...reclamante não possuía autonomia para fixação junto ao sindicato de acordo de elevação salarial, onde aceitação demandava da anuência da presidência da empresa; que a presidência em regra se orientava pelos parâmetros indicados pelo reclamante pra esta finalidade...". Em outro momento, o preposto aponta a existência de controle de jornada, ao afirmar que "que os gerentes, inclusive o reclamante, possuíam plena autonomia para gestão de seus horários, indicando o depoente apenas que solicitava uma simples comunicação destes; que o sistema de catraca para adentrar ao interior da empresa viabilizava controle de jornada, mas que este não era feito em relação aos gerentes, destacando o depoente que utilizava tal ferramenta para contrapor a folha de ponto dos mensalistas...".

Muito relevante também a informação trazida pela testemunha Solange de Cerqueira Guimarães, ao afirmar "...que o reclamante poderia, em seu departamento, aplicar qualquer penalidade, inclusive justa causa; que questionada se deveria comunicar tal ocorrência a um diretor disse que "certamente", dizendo que "se fosse diretora não gostaria mas atuar com um gerente que não lhe comunicasse alguma ocorrência", apontando que teria uma penalidade caso não houvesse a comunicação...". Ou seja, estaria o reclamante sujeito a penalidade, por não comunicar a imposição de uma penalidade, o que clareia a inexistência da autonomia defendida pela ré..."

Não menos importante, o testemunho de Thiago Martins Moraes, ao afirmar "...que havia solicitações, pelo superintendente, eventuais, dos horários de todos os colaboradores do DP, inclusive do reclamante; que havia solicitação do controle de acesso de outros departamentos; que já aconteceu solicitação de controle de horário de determinados gerentes, mas era eventual...". Ou seja, havia sim controle da jornada do reclamante. Em outra passagem, afirma "...que eventual admissão, demissão, promoção deveriam ser passadas para aprovação de um superior hierárquico do reclamante, que o mesmo acontecia para penalidades; que o reclamante não possuía autonomia para decisões quando atuava como preposto...", ou seja, evidencia também a ausência de autonomia deste.

Como dados documentais que endossam a existência de controle de jornada do reclamante, verifico que a o termo de aviso prévio assinado, id 41f74c8, demonstra opção por redução em duas horas, o que não seria necessário se este fosse realmente detentor de um cargo sem controle de jornada. Nesta mesma linha, observo que a ficha de registro (id 55216d1) e contrato de trabalho estabelecem jornada de trabalho (id 55216d1) a ser cumprida pelo reclamante, o que não seria necessário, se este fosse realmente excluído desta obrigação.

Por todo o exposto, reputo que o reclamante não se encontrava inserido na condição excetiva do art. 62, II, CLT, por não exercer cargo de confiança efetiva, bem como pelo fato de ser viável o controle da jornada realizada por este.

Dado que a empresa não insere nos autos qualquer controle de jornada formal, ou mesmo controle de acesso do reclamante, que indicaria entrada e saída das dependências da reclamada, reputo que a reclamada não cumpriu sua obrigação legal, descrita no art. 74, §2º, CLT. Ainda, não verifico que a reclamada tenha se desincumbido de seu ônus probatório, nos termos do art. 818 da CLT e 373, II, do NCPC, e assim reputo como verídica a jornada apresentada pelo reclamante, que passo agora a indicar, para fins de balizamento das horas extraordinárias realizadas(...).

Pugna a ré pela reforma do julgado ao argumento de que é incontroversa a função do autor (Gerente de Recursos Humanos), que o estaleiro alcançou 1300 empregados, e que o autor tinha uma equipe de 8 a 10 empregados a ele subordinados. Também é incontroverso o valor de sua remuneração mensal, de não módicos R\$ 18.000,00, isso sem considerar o veículo à sua disposição e os bônus destinados a todos os gerentes; que como se extrai da prova oral produzida o autor não batia ponto, ainda que passasse obrigatoriamente pela catraca de entrada e saída do estaleiro, o que todas as pessoas que entravam no estaleiro eram obrigadas a fazer, tratando-se de controle de acesso por razões de segurança; que as solicitações pelo superintendente acerca de eventuais horários se dava para todos os empregados e foi efetuado pelo responsável pela unificação de políticas de RH do grupo controlador a partir de 2014; que o padrão salarial é que remunera a ausência de submissão do empregado ao regime geral de jornada; que era o último gerente a sair da empresa e detentor de maior cargo no estaleiro quando ausentes outros gerentes no estabelecimento; que era preposto da ré na Justiça do Trabalho e representante da empresa junto aos sindicatos, entre outras funções; que tinha um veículo de utilização exclusiva, como vaga própria, benefício estendido apenas aos superintendentes; que poderia aplicar penalidades a seus subordinados, além de admitir e demitir empregados do seu setor, sem necessidade de autorização prévia, desde que respeitado o orçamento da sua área; que era do autor que provinham as promoções, as advertências, as concessões de férias, a negociação sindical, a representação da empresa na Justiça do Trabalho e perante os órgãos públicos e terceiros; que estas tarefas não eram realizadas por um empregado do RH, mas pelo gerente, o autor; que inclusive era ele quem assinou sua ficha de registro e a própria concessão de férias para, em seguida, comunicar ao presidente que não as poderia gozar; que em seu depoimento o autor afirma que era o presidente /diretor geral que determinava a data de suas férias, mas era ele, o autor, que informava ao presidente se as gozaria ou não, mesmo tendo sido o próprio autor que as programou e as autorizou; que os documentos e rotinas da área de RH eram e sempre foram definidos pelo autor, que firmava a maioria (vide férias do autor e ficha de registro); que por caracterizado o excludente previsto no artigo 62, II da CLT, deve ser reformada a sentença e julgado improcedente o pedido de horas extras e reflexos.

Com razão.

Dispõe o art. 62, II, da CLT:

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. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II 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). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

Para a configuração do exercício de cargo de confiança, nos moldes em que previsto no art. 62, II, da CLT, é necessário que sejam preenchidos, de forma concomitante, todos os requisitos ali elencados, quais sejam: receber remuneração pelo menos 40% superior àquela originalmente vencida e estar investido em cargo de gestão.

A interpretação do que seja cargo de gestão deve levar em conta que os empregados enquadrados na hipótese disciplinada no art. 62, da CLT, estão excluídos da proteção das normas sobre duração de jornada.

Cargo de gestão é aquele em que o empregado possui verdadeiro poder empregatício, ou seja, poder de direção, regulamentação, fiscalização ou disciplinar, ou, pelo menos, grande parte deles, ou seja, os poderes têm de ser significativos no contexto de divisão interna da empresa.

A prova do efetivo recebimento da gratificação de função e do exercício de cargo de gestão é da ré. Inteligência do art. 333, II, do CPC c/c art. 818 da CLT.

Pois bem.

Considerando que o salário do autor girava em torno de R\$18.000,00, certo é que seu padrão de vencimentos era muito superior dos empregados ordinários da empresa.

A prova testemunhal e o próprio depoimento pessoal do autor foram convincentes acerca da fidejussão especial prevista no art. 62, II, da CLT, *verbis*:

*depoimento pessoal do autor:

que era responsável pelo departamento de recursos humanos, tendo de 8 a 10 funcionários vinculados a ele; que não tinha autonomia para concessão de eventuais benefícios ao seu grupo de funcionários, devendo buscar autorização junto ao diretor geral/residente; que não tinha autonomia para contratação, demandando preenchimento prévio de solicitação de pessoal com as funções a serem exercidas, que também seriam autorizadas pelo diretor; que as demissões dos demais departamentos eram previamente enviadas ao diretor, que as aprovava e remetia, na sequência, ao departamento pessoal; que com relação à jornada, chegava na empresa entre 6h e 6h10, indo até entre 20h e 20h30, momento em que acompanhava a chegada do segundo turno; que sempre atuava de segunda a sexta-feira; que atuou até 2013 aos sábados, das 7 às 16h; que a partir de jan/2014, começou a atuar em 2 sábados apenas, dada a redução do quadro de funcionários; que sempre trabalhou em 1 domingo por mês, das 7 às 16h; que caso precisasse chegar mais tarde na empresa ou precisasse sair mais, precisaria de prévia autorização do diretor geral; que não tinha autonomia para praticar qualquer penalidade aos funcionários subordinados ao depoente; que o Reclamante, apesar de não possuir controle de jornada normal, era obrigado a registrar sua entrada na "catraca", que ficava na portaria, e que o diretor geral solicitava mensalmente o relatório dessas entradas ao depoente, visando verificar a jornada de trabalho de todos os gerentes; que quando comparecia na empresa com veículo, os seguranças registravam a entrada e saída deste na portaria da empresa; que o demonstrativo de pagamento de todos os gerentes não apresenta em seu conteúdo a gratificação de função, sendo remunerados apenas pelo salário bruto negociado mais eventuais adicionais (latu sensu); que os empregados só podem entrar no estaleiro a partir de 6h10, salvo os vinculados à administração, que podem entrar antes; que o mesmo acontecia em Guaxindiba; que até 2013 o funcionamento do estaleiro em Guaxindiba era contínuo; que a partir de jan/2014 o estaleiro passou a funcionar até às 18 horas; que o mesmo acontecia com a unidade de Guaxindiba; que o intervalo de 3 horas entre um turno e outro havia efetiva parada de produção, mas o setor administrativo continuava funcionando, onde um supervisor que iniciava suas atividades às 12h era o responsável por passar "o trabalho para o turno que começaria a sequência"; que outros 2 gerentes entravam no mesmo horário que o depoente; que o depoente era o último gerente a sair da empresa; que os sábados eram trabalhados por todos os gerentes da produção; que nos domingos, quando os gerentes não compareciam, enviavam um supervisor; que nos sábados e domingos trabalhados, mesmo se fosse o único gerente na localidade, não seria a autoridade máxima, pois precisaria de eventual autorização do gerente geral para eventuais intercorrências; que era o maior cargo presente nos domingos trabalhados quando os demais gerentes não estavam presentes; que a Ré chegou a alcançar 1.300 funcionários; que o depoente era preposto da Ré para audiências, o mesmo acontecendo com 2 funcionários do DP, subordinados ao depoente; que era o depoente quem participava de reuniões com os

representantes dos sindicatos, sempre entrando em contato com o diretor geral para tomada de decisões; que voluntariamente informa que a ultima negociação em 2015, o depoente não representou a empresa, apenas acompanhou o Sr. Darcy de Paula, superintendente do grupo (...) que era o diretor geral quem fixava as férias do depoente; que o depoente informava ao diretor geral que não poderia gozar as férias anteriormente agendadas. (grifei).

*depoimento da testemunha apresentada pelo autor Sr. Thiago Martins Moraes:

que atuava no mesmo departamento com o reclamante; que o depoente era auxiliar de departamento pessoal, auxiliando o reclamante; que o depoente fazia o sistema de ponto, controlava o acesso, e documentação, que sua principal função era como analista de ponto; que começou como estagiário em ago/06, admitido em abril/08, e saiu em abril/16; que trabalhava das 7 às 17:30/18h, de seg a sex; que o reclamante abria o DP, por volta das 6:10, saindo por volta das 20:30h, de seg a sex; que questionado como sabia desta informação, informou que era o encarregado de controlar o acesso dos funcionários; que o depoente trabalhou em alguns sábados, de acordo com a movimentação de funcionários; que o reclamante ia todos os sábados, das 7 às 16h, mas a partir de 2014, o reclamante passou a trabalhar em 2 sábados por mês; que o reclamante trabalhava pelo menos um domingo ao mês; que não havia compensação quanto aos domingos trabalhados; que quem não registrava ponto, tinha o acesso controlado através da portaria de acesso ou cancela de veículos; que havia solicitações, pelo superintendente, eventuais, dos horários de todos os colaboradores do DP, inclusive do reclamante; que havia solicitação do controle de acesso de outros departamentos; que já aconteceu solicitação de controle de horário de determinados gerentes, mas era eventual; que não sabe dizer se era obrigatória a comunicação pelos gerentes quanto à saída mais cedo, ou chegada mais tarde, mas que o autor costumava proceder desta forma; que eventual admissão, demissão, promoção deveriam ser passadas para aprovação de um superior hierárquico do reclamante, que o mesmo acontecia para penalidades; que o reclamante não possuía autonomia para decisões quando atuava como preposto; (...) que no último ano o Sr Darci, superintendente de recursos humanos, comparecia de 15 em 15 dias, ficando 3 dias na semana com o reclamante, para conhecer a rotina de trabalho do reclamante, permanecendo na mesma mesa do reclamante; que após a saída do reclamante o Sr Darci fez o mesmo com a substituta daquele, apenas uma vez, e depois passou a ter uma mesa apenas sua; que com a presença do S Darci, o reclamante deixou de participar de algumas reuniões; que dentre as funções do reclamante estavam controle de absenteísmo, controle do refeitório, controle do valor a ser repassado ao refeitório terceirizado, controle do 2º turno; que o reclamante representava a empresa junto ao Sindicato; que acontecia de terem outros gerentes aos sábados, mas não era o normal; que aos sábados e domingos poderia acontecer de o reclamante ser o maior cargo presente na empresa; que fosse algo dentro da sua alçada, poderia resolver; que para gozo de férias demandava de autorização do superior, que seria Sr Paulo Conti e na sequência, Sr Marcelo, e recentemente o Sr Darci; que acredita que as autoridades máximas eram Sr Paulo e Sr Marcelo, diretores; que na verdade, a autoridade máxima era o Presidente, mas que este não ficava fisicamente no estaleiro; que o reclamante poderia chamar atenção de funcionários, bem como cobrar realização de determinadas atividades; que a convivência entre reclamante e Sr Darci era pacífica. (grifei)

*depoimento da testemunha apresentada pelo autor Sra. Maria Jacira Gomes dos Santos Calvosa:

que trabalhou na ré de out/03 a out/14; que trabalhava diretamente com autor; que para promoção, demissão e admissão demandava autorização prévia da diretoria; que o reclamante não tinha poderes para aplicar penalidades; que não sabe informar se a diretoria requeria o controle de jornada do reclamante; que novamente perguntada disse que o reclamante poderia aplicar a penalidade aos seus funcionários; que após ponderar, repensou o que disse, e disse que não poderia aplicar penalidade; que questionada informou inicialmente que o reclamante não poderia dispensar, que reperguntada, disse então que o reclamante

poderia dispensar seus funcionários de forma autônoma, sem autorização; que perguntada mais uma vez, disse que demandaria autorização.

*depoimento da testemunha apresentada pela ré, Sra. Solange de Cerqueira Guimarães:

que trabalha na ré, atualmente estando em Guaxindiba, mas que trabalhava em Botafogo como gerente do grupo CBO, coordenando o estaleiro Aliança, e Aliança OffShore, e a própria CBO; que conhece o reclamante, que é gerente de RH; que o reclamante tinha aproximadamente 8 pessoas subordinadas a ele; que o reclamante poderia, em seu departamento, aplicar qualquer penalidade, inclusive justa causa; que questionada se deveria comunicar tal ocorrência a um diretor disse que "certamente", dizendo que "se fosse diretora não gostaria mas atuar com um gerente que não lhe comunicasse alguma ocorrência", apontando que teria uma penalidade caso não houvesse a comunicação; que tal comunicação era apenas para justa causa, não cabendo para demais penalidades; que o reclamante poderia admitir e demitir qualquer funcionário do setor dele; que dentro do orçamento do seu setor, o reclamante poderia demitir e admitir sem nenhum tipo de autorização; que a depoente comparecia em regra, de 1 a 2x na semana na unidade de Niterói, e atualmente, fica em Guaxindiba; que nunca esteve no setor do reclamante; que em termos de organograma da empresa, apesar de estar hierarquicamente acima, o reclamante não era subordinado à depoente; que não sabe precisar nome de funcionário que o reclamante tenha por liberalidade dispensado ou admitido (Grifei).

O documento de Id 1d4b21a revela que o autor aplicou advertência, como medida disciplinar a empregado da ré sem demonstração de necessidade de aval por qualquer outro funcionário. Ademais, o fato de o autor ter que reportar as penalidades aplicadas ao diretor ou superintendente faz parte da estrutura organizacional da empresa, mormente considerando o porte da ré, que à época possuía 1.300 funcionários como noticiado pelo autor em seu depoimento pessoal. Não desnatura a função de gerente, inserto no art. 62, II, da CLT, o fato de ter que se reportar à diretoria da empresa como acontece nas grandes corporações.

Assim, evidentemente que o autor, como gerente de RH, era detentor de poder de mando, tanto é assim que aplicava advertências, como faz prova o documento.

Também não afastaria a incidência do dispositivo legal em questão o fato de o autor atuar junto às negociações sindicais, mas sem autonomia para determinar elevação de salário, posto que demandaria autorização da presidência da empresa. A autorização da presidência é inerente àquela função, que não pode ser repassada ao gerente. Trata-se de ato que põe em risco a própria continuidade da empresa. Não se exige para a incidência do art. 62 que o empregado possa colocar em risco a continuidade da empresa.

As comunicações de atrasos, ausência, saídas antecipadas não revelam autorização, eis que desprovidas de qualquer ação punitiva.

A solicitação de controle de acesso se torna evidente, pois que se trata de medida de segurança da empresa do fluxo de pessoas nas suas dependências.

O controle de frequência está dentro do poder diretivo da empresa. O fato de estar inserido no art. 62, II, da CLT não implica dizer que o funcionário está livre para fazer o que quiser e comparecer ao trabalho quando lhe aprouver. O mesmo se diga em relação do contrato de trabalho do autor prever a jornada de trabalho. O contrato é sinalagmático, tem que descrever as obrigações recíprocas. Certo é que a jornada descrita no contrato é a jornada mínima exigida pela empresa para a função a que foi o empregado designado, estando o parâmetro dentro do poder de negociação da empresa.

O fato de no termo do aviso prévio do autor constar a opção de redução de duas horas diárias, não quer dizer que este tinha a jornada controlada. O empregado do art. 62, II, da CLT tem direito ao aviso prévio e tem direito a optar pela redução da carga horária, o que não quer dizer que estivesse sujeito a um controle de horário, por si só.

Por fim, verifico que o autor confessa em seu depoimento pessoal que não tinha controle de jornada normal, este seria o *quantum satis*, para o indeferimento para as horas extras perseguidas.

Repriso que o controle de entrada e saída na catraca da empresa, visa por evidente a segurança da empresa e do prédio. A solicitação do controle de frequência se faz necessário inclusive ao funcionário inserto no art. 62, II, da CLT. Trata-se de um controle normal sujeito a qualquer tipo de funcionário. O controle do empregado sujeito à carga horária é aquele que se dá com registro de horário de entrada e saída e tem o seu pagamento de acordo com este controle. O seu controle de ponto serve de base para a sua remuneração. Com o funcionário inserto no art. 62, II, da CLT não ocorre isso, ele pode ter que passar na catraca, mas não vai ter sua remuneração diferenciada em razão das horas laboradas.

Percebe-se, portanto, que o autor exerce cargo de gerente de RH, detendo poder de gestão suficientemente amplo que permitisse influenciar nos destinos da empresa, pelo que inserto no art. 62, II, da CLT, contrariamente ao decidido pelo Juízo *a quo*.

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

FÉRIAS

Alega o autor no libelo que durante o pacto laboral não usufruiu das férias (2009/2009; 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014); que ainda que fique provado o pagamento das férias, requer o recebimento em dobro, acrescida do terço constitucional.

Aduz a ré em defesa que o autor confessa que recebeu as férias; que usufruiu das férias a tempo e modo; que como gerente de recursos humanos cabia ao autor definir as datas de início e fim de suas próprias férias; que caso seja reconhecido o labor nos períodos de gozo seriam devidos os pagamentos de forma simples.

O pleito foi deferido com a seguinte fundamentação:

Por outro lado, verifico que a reclamada defende-se de forma genérica, afirmando que este gozava, e ainda, indica apenas que não cabe o pagamento dobrado, mas apenas a dobra.

Verifico que a prova oral é convincente no que tange ao direito vindicado. Apesar de ser o reclamante o responsável pelo Departamento de RH, onde cumpriria a este regular o efetivo gozo deste direito, reputo que este não gozava do período em questão. Endossa o aqui apontada o testemunho de Thiago Martins Moraes, ao afirmar "...que nunca viu o reclamante gozar férias...".

Destaque ainda para o fato de inexistir o controle de jornada. Nunca é demais lembrar que a prova oral afirma que havia controle de acesso às dependências da empresa, seja pela portaria, seja pela cancela de acesso por carro, ou seja, bastaria apresentar este demonstrativo para afastar a tese obreira. Mantendo-se inerte quanto a este, reputo que a reclamada não se desincumbiu de seu ônus, nos termos do art. 818 da CLT e 373, II, do NCPD.

Vale entretanto ressaltar que os documentos trazidos aos autos demonstram que o reclamante sempre fez uso do direito ao abono pecuniário, o que permite concluir que seu direito alegado restringe-se apenas a 20 dias por período violado.

Procedente em parte o pedido de dobra quanto aos períodos de férias não gozados dos períodos aquisitivos de 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014, todos estes restritos a 20 dias, e acrescidos do Terço Legal.

Pugna a ré pela reforma do julgado ao argumento de que era o autor que controlava a concessão de férias de todos os empregados do estaleiro, incluindo as suas e de sua equipe; que a testemunha Thiago não disse que o autor trabalhava nas férias ou que não as gozava, disse que nunca viu o reclamante gozar férias; que as demais testemunhas também nada responderam sobre a não fruição de férias; que não há um único documento que comprove a ausência de gozo; que os documentos relativos à concessão de férias foram assinados pelo próprio reclamante no campo empregado e empregador; que a testemunha Thiago afirma em seu depoimento que era analista de ponto, responsável pelo controle de ponto e de acesso de todos os empregados do estaleiro; que foi com base nas informações que analisava diariamente (documentos de controle de ponto e acesso) que a testemunha justificou conhecer a fundo os horários de trabalho do autor, todavia não o fez em relação às férias, contradição que causa espécie, para dizer o mínimo; que em seu depoimento o autor informa que o diretor geral era quem fixava as suas férias, não obstante confessa que era ele quem decidia quando iria ou não gozar as férias, não o diretor geral.

Com razão.

Negado pela ré as assertivas autorais era do autor o ônus da prova de que não usufruiu dos períodos de férias.

Os documentos juntados aos autos demonstram que o autor usufruiu de todos os períodos de férias relativos aos anos de 2009 até 2014, sempre com abono de dez dias, recebendo inclusive o terço constitucional respectivo.

Reproduzo trecho do depoimento da testemunha Tiago pertinente à matéria:

que atuava no mesmo departamento com o reclamante; que o depoente era auxiliar de departamento pessoal, auxiliando o reclamante; que o depoente fazia o sistema de ponto, controlava o acesso, e documentação, que sua principal função era como analista de ponto; que começou como estagiário em ago/06, admitido em abril/08, e saiu em abril/16; que trabalhava das 7 às 17:30/18h, de seg a sex; que o reclamante abria o DP, por volta das 6:10, saindo por volta das 20:30h, de seg a sex; que questionado como sabia desta informação, informou que era o encarregado de controlar o acesso dos funcionários; (...) que quem não registrava ponto, tinha o acesso controlado através da portaria de acesso ou cancela de veículos; que havia solicitações, pelo superintendente, eventuais, dos horários de todos os colaboradores do DP, inclusive do reclamante; que havia solicitação do controle de acesso de outros departamentos; que já aconteceu solicitação de controle de horário de determinados gerentes, mas era eventual; (...) que nunca viu o reclamante gozar férias(...).

O fato de a testemunha ter dito que nunca viu o autor gozar férias, não comprova que efetivamente isso ocorria, porque no período de férias do depoente não teria como afirmar que o autor usufrísse de suas férias. Apesar de a testemunha ser responsável pelo sistema de ponto e controle de acesso, certo é que não o fazia quando do gozo de suas próprias férias.

As demais testemunhas ouvidas nada informaram acerca das férias do autor. Desta forma, tenho por demais temerária a afirmação de que o autor nunca usufruiu férias, considerando apenas o depoimento da testemunha Thiago.

Sendo ônus do autor a prova de suas assertivas, não havia obrigação da ré juntar aos autos os controles de acesso à empresa. Certo é que o autor estava inserto na excludente do art. 62, II, da CLT, não tendo que se falar em juntada de controle de ponto também.

Logo, reformo a sentença para excluir da condenação o pagamento das férias e terço constitucional respectivo.

NULIDADE DO AVISO PRÉVIO

Alega o autor no libelo que não lhe foi dada a oportunidade, quando do pré aviso, de redução de suas jornada; que a opção de redução de duas horas diárias veio marcada; que trabalhou no período de aviso prévio a jornada normal; que é credor de aviso prévio proporcional indenizado a contar de 02/09/2015, último dia trabalho.

A ré em defesa alega que o aviso prévio do autor foi cumprido como determina a lei.

O pleito foi deferido com a seguinte fundamentação:

Diante do reconhecimento acima apontado de que, apesar de exercer função de confiança, o reclamante possui efetivo controle em sua jornada de trabalho, bem como não possui todos os poderes necessários para enquadrar-se efetivamente na excludente descrita no art. 62, II, CLT, observa-se que a este será devida a regra prevista em nosso conteúdo celetista que disciplina a concessão do aviso prévio.

Logo, cabe ao reclamante optar pela redução em sua jornada diária em 2 horas, ou na redução de 7 dias em seu tempo de aviso prévio.

Analisando a documentação trazida, verifico que o reclamante opta pela redução em 2 horas diárias, id 41f74c8, mas não observo comprovação por parte da reclamada de que isso tenha sido devidamente respeitado.

Nestes termos, reputo que houve descumprimento desta obrigação, e assim, declaro a nulidade do aviso prévio concedido, e ato contínuo, condeno a reclamada à concessão de novo aviso prévio proporcional indenizado de 51 dias, com reflexo deste em férias proporcionais, trezenos proporcionais e FGTS + 40%. Determino ainda que a CTPS do reclamante seja retificada, devendo passar a constar como termo final da relação contratual o dia 23/10/2015.

Alega a ré em seu recurso que tendo em vista ser o autor detentor de cargo de confiança, a ele não aplica a redução de jornada durante o curso do aviso prévio, prevista no artigo da CLT, devendo, da mesma forma, ser reformada a sentença neste particular.

Com razão.

O fato de o autor estar inserido no art. 62, II, da CLT não lhe retira o direito de optar no aviso prévio pela redução da jornada diária em duas horas ou de sete dias.

Impugnado pelo autor o documento de concessão do aviso prévio, na forma indicada na exordial, era deste o ônus da prova do vício de consentimento. Observo que a ré em defesa nega as assertivas autorias.

E de tal ônus o autor não se desincumbiu. Não há nos autos qualquer indício de que a opção de redução de duas horas diárias veio pré-assinalada e de que o autor não tenha usufruído desta redução.

Logo, dou provimento ao apelo para declarar válido o aviso prévio e excluir da condenação o pagamento do aviso prévio indenizado.

PREQUESTIONAMENTO

Tendo esta relatora adotado tese explícita sobre o *thema decidendum* e sabendo-se que não o Juiz não necessita fazer expressa menção a argumento manejado pelas partes quando dos fundamentos do julgado infirmam cada um deles (Resolução n. 203/2016, art. 15, III, C. TST), ressalvados os capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada (art. 371, 489 CPC, 832 CLT e 93, IX CF/88), tem-se por prequestionados os dispositivos legais invocados pelo recorrente (Súmula 297, I, TST).

Isto posto, conheço dos recursos ordinários e, no mérito, **dou parcial provimento ao recurso do autor**, para condenar a ré a manter o plano de saúde nos moldes da Lei 9.656/98, **dou parcial provimento ao recurso da ré**, para excluir da condenação o pagamento de horas extras e seus reflexos e das férias e terço constitucional respectivo, declarar válido o aviso prévio e excluir da condenação o pagamento do aviso prévio indenizado, na forma da fundamentação supra.

ACORDAM os Desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em sessão realizada no dia 13 de dezembro de 2016, sob a Presidência da Desembargadora do Trabalho Maria Aparecida Coutinho Magalhães, com a presença do Ministério Público do Trabalho, na pessoa do ilustre Procurador José Antonio Vieira de Freitas Filho, dos Excelentíssimos Desembargadora do Trabalho Dalva Amélia de Oliveira, Relatora, e Juiz Convocado Jorge Orlando Sereno Ramos, em proferir a seguinte decisão: por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, por unanimidade, **dar parcial provimento ao recurso do autor**, para condenar a ré a manter o plano de saúde nos moldes da Lei 9.656/98, e, por maioria, **dar parcial provimento ao recurso da ré**, para excluir da condenação o pagamento de horas extras e seus reflexos e das férias e terço constitucional respectivo, declarar válido o aviso prévio e excluir da condenação o pagamento do aviso prévio indenizado, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, vencido o Juiz Jorge Orlando Sereno Ramos, que mantinha a sentença quanto às horas extras e à nulidade do aviso prévio. Em razão da redução da condenação, altera-se o valor a ela arbitrado, estimando-o em R\$ 1.000,00, para efeitos do art. 789, IV e § 2º, da CLT, e fixando as custas em R\$ 20,00, pela ré. Estiveram presentes ao julgamento, pelo autor, o Dr. Índio do Brasil Cardoso, e, pela ré, a Dra. Daiana Kappaun.

DALVA AMELIA DE OLIVEIRA

Relator

dcm

24/10/2016

Votos