



PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd

## Acórdão 1a Turma

**DESVIO DE FUNÇÃO.** Devidas as diferenças salariais decorrentes do desvio de função, por comprovado nos autos que a autora exercia atividade diversa daquela para qual foi contratada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário em que são partes: **MARILIA DE SOUZA PEREIRA**, como recorrente e, **LATICÍNIOS BOM GOSTO S/A**, como recorrida.

Recorre a reclamante, inconformada com a sentença proferida pela MM. Juíza Najla Rodrigues Abbude, em exercício na 1ª Vara do Trabalho de Barra Mansa/RJ, que julgou procedentes em parte os pedidos, fls. 184/189, integrada pela decisão de embargos de declaração de fls.220/222.

Em suas razões de fls.191/197, a recorrente pugna pela reforma da sentença no tocante à improcedência dos pedidos de horas suplementares, diferenças salariais pelo alegado desvio de função e multa prevista no §8º do art. 477 da CLT.

Contrarrazões, fls.232237.

É o relatório.

### CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos recursais formais, consoante os termos da certidão e da decisão de fl.224, passa-se à análise do recurso.



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

## **VOTO**

### **RECURSO DA RECLAMANTE**

#### **HORAS SUPLEMENTARES**

A sentença indeferiu a pretensão inicial em horas suplementares expondo os seguintes fundamentos:

“A reclamante requer o pagamento de horas extras, sob o argumento de que trabalhava das 14h15 às 22h30 em escala de 6x2, com 1h de intervalo intrajornada. Pontuou que a partir de 6/8/2013, passou a trabalhar das 6h15 às 14h30, com 1h de intervalo intrajornada, de segunda a domingo, sendo que duas vezes ao mês usufruía apenas 10min de intervalo intrajornada.

A reclamada juntou aos autos os cartões de ponto da reclamante, os quais apontam uma jornada variável. A reclamante é confessa quanto à matéria fática, não tendo sido capaz de desconstituir a presunção de veracidade dos registros do ponto colacionados aos autos. Assim, deve ser considerada como jornada efetivamente cumprida pela reclamante aquela anotada nos registros de ponto.



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

Consta dos demonstrativos de pagamento juntados aos autos, o pagamento de horas extras prestadas e a reclamante não juntou aos autos demonstrativo de pagamento capaz de demonstrar diferenças de horas extras não quitadas.

Portanto, indefiro o pedido de pagamento de horas extras, intervalo intrajornada, feriados e reflexos.

Inconformada a recorrente sustenta que as horas extras habitualmente prestadas descaracterizam o acordo de compensação de jornada, nos termos do entendimento esboçado pela Súmula 85, IV do TST.

Acrescenta que os controles do ponto anexados aos autos confirmam o extravasamento de sua jornada contratual, bem como o desprezo da reclamada pelos minutos excedentes a dez, no início e no final de sua jornada, em desatenção aos termos da Súmula nº 366 do TST.

Em contrarrazões a reclamada assevera que as razões recursais inovam os contornos da lide, porquanto a inicial não menciona qualquer nulidade quanto à adoção do banco de horas.

Ressalta que a reclamante é confessa quanto a matéria fática, não fazendo provas da jornada de trabalho apontada na inicial.

Analiso.

A autora é confessa quanto a matéria fática, por não ter comparecido à assentada em que deveria prestar seu depoimento pessoal, item I, da Súmula nº 74 do C. TST.



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

Por outro lado, a ré anexou aos autos controles de ponto com registros variáveis, assinalação do intervalo intrajornada e, com a devida assinatura da parte trabalhadora, fls.121/150.

Nessas circunstâncias, não há como prevalecer as alegações iniciais, apontando horários mais elásticos do que aqueles apresentados no controle do ponto e, quanto à inobservância do intervalo intrajornada.

Contudo, na manifestação de fl.162/164v, a reclamante insurgiu-se contra o “acordo de compensação de jornada”, dizendo que as horas extras habitualmente prestadas descaracterizam o referido ajuste, nos termos do item IV, da Súmula 85 do E. TST.

Refuto, portanto, a alegação de inovação recursal lançada nas contrarrazões.

Compulsando os autos, observo que a ré adotou o sistema de banco de horas, havendo previsão para compensação de jornada no contrato de trabalho de fls 153/154. No entanto, a adoção válida do regime de banco de horas pressupõe a previsão em norma coletiva, segundo o entendimento consubstanciado no item V, da Súmula nº 85, do C. TST, bem como, a estrita observância aos termos do § 2º do art. 59 da CLT, em especial ao limite de 10 horas diárias de trabalho.

No presente caso não há comprovação de que o regime adotado pela ré tenha sido previamente autorizado em sede coletiva.

Nessas circunstâncias, considero inválido o regime de banco de horas adotado pela reclamada, sendo devida à trabalhadora todas as horas suplementares trabalhadas no curso de sua relação contratual.

O cômputo das horas suplementares deve ser elaborado com estrita observância aos registros lançados no controle de ponto anexado aos autos, inclusive quanto à frequência consignada.



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

Devem ser observados os percentuais de 50% e 100%, estes, nos dias em que os registros sinalizem trabalho em domingos e feriados, sem a devida compensação com folga em outro dia.

Por habituais, as horas extras devem integrar os cálculos de aviso prévio, férias + 1/3, 13º salários, verbas rescisórias, depósitos do FGTS e multa rescisória, tal como postulado na inicial.

Autorizo a dedução das horas suplementares comprovadamente quitadas.

**DIFERENÇAS SALARIAIS DESVIO DE FUNÇÃO**

A autora afirmou na inicial, fl.38, que, embora tenha sido contratada para desenvolver a função de auxiliar de produção, a partir de 01/09/2012, passou a exercer a função de operador de máquina, sem experimentar qualquer acréscimo salarial. Aponta que seu salário era de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), enquanto o salário pago àqueles que desempenhavam a referida função era de R\$ 901,00 (novecentos e um reais).

Com base nesses argumentos postulou a retificação de sua CTPS, bem como a condenação da ré ao pagamento das correlatas diferenças salariais.

A ré se defendeu, fl.81, negando os fatos alegados na inicial, asseverando que, no período contratual, a reclamante exerceu a função de auxiliar de produção, conforme consta no seu contrato de trabalho.

A sentença deferiu em parte a pretensão, fl.185, concluindo que:

(...)



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

O preposto da reclamada confessou que a autora exercia a função de operadora de máquinas em período anterior, inclusive, ao alegado pela inicial, aliás, antes mesmo da contratação.

Ocorre que a reclamante não demonstrou nos autos que para a função havia previsão de remuneração maior em lei ou norma coletiva, tampouco que colega que exercesse referida função fosse melhor remunerado.

Assim reconheço o desvio de função, mas indefiro o pedido de pagamento de diferenças salariais e reflexos determinando que retifique a CTPS da reclamante....”

(...)

Inconformada a reclamante sustenta em seu recurso, em síntese, que, se houve a confissão do preposto quanto ao alegado desvio de função seu pedido de diferenças salariais e reflexos, deveria ser julgado procedente.

Analiso.

Inicialmente, destaco que são nítidas as diferenças entre o desvio de função e a equiparação salarial. Nesta há a comparação entre duas pessoas que exercem funções idênticas, observando-se os requisitos do artigo 461 da CLT, já, na equiparação salarial, o empregado não é cotejado com outro, mas exerce função diferente para a qual foi contratado, sendo devido o salário da atribuição efetivamente exercida.



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

Arnaldo Sússekind, em sua obra Instituições de Direito do Trabalho, pág.417, 14ª edição, da Editora LTR, ensina que:

"O desvio de função se caracteriza, sobretudo, quando há quadro de pessoal organizado em carreira; mas pode ocorrer mesmo quando não existe o quadro. Não se trata, porém, na hipótese, de equiparação salarial, pois o desvio de função, desde que não seja episódico ou eventual, cria o direito a diferenças salariais, ainda que não haja paradigma no mesmo estabelecimento..."

Nessas circunstâncias, independentemente da prévia existência de quadro de carreira devidamente registrado, constatado o desvio de função, o exercício de novas e superiores atribuições implica no necessário e correspondente acréscimo salarial, do contrário, estar-se-ia permitindo o enriquecimento ilícito do empregador, com quebra da essencial comutatividade do contrato de trabalho, e ainda, violação à isonomia entre os empregados da empresa, que desempenham idêntica função.

Contudo, para que isto ocorra é indispensável que a parte autora comprove o exercício efetivo da função alegada.

No caso em tela, a reclamante foi considerada confessa, por não ter comparecido à assentada de fl.183.

No entanto, conquanto constitua meio de prova, a confissão ficta não prevalece ante a presença nos autos, de robustos elementos probatórios suficientes à formação da convicção do julgador.



**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

Embora tenha sido negado na contestação, o preposto da ré, no depoimento de fl. 183, admitiu que “a reclamante exercia a função de operadora de máquinas, de 2011 a 2013....”

Tem-se, portanto, que a autora se desincumbiu satisfatoriamente do seu encargo probatório quanto ao exercício de função diversa daquela para o qual foi admitida, fazendo jus à percepção das diferenças salariais apontadas na inicial. Neste aspecto, há de ser ressaltado que a ré sequer se insurgiu quanto ao salário apontado pela autora para aqueles que desempenham a função de operador de máquinas.

Nessas circunstâncias dou provimento ao recurso para condenar a ré, ao pagamento das diferenças salariais geradas pelo desvio de função noticiado na inicial, levando-se em consideração os salários percebidos pela reclamante e o valor de R\$ 901,00 (novecentos e um reais) apontado para a função de operador de máquinas, no período compreendido entre 01/09/2012, até o rompimento do contrato de trabalho, em 04/11/2013.

Defiro ainda, as correlatas integrações em férias + 1/3, 13º salários, verbas rescisórias, depósitos do FGTS, multa rescisória e horas suplementares, conforme postulado na inicial.

Por fim, deve ser retificado o salário descrito na CTPS da trabalhadora, fazendo constar o valor de R\$ 901,00 (novecentos e um reais) a partir da data de 01/09/2012.

**MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT**

A parte autora postula a reforma da sentença, para que seja deferida a condenação da ré ao pagamento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. Diz ter sido notificada da dispensa em 14/11/2013,



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO  
Gab Des Gustavo Tadeu Alkmim  
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6o. andar - Gabinete 43  
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

sendo a sua rescisão homologada apenas em 27/11/2013, embora suas verbas rescisórias tenham sido pagas em 13/11/2013.

Sem razão.

Ressalvo o meu entendimento pessoal quanto à aplicação da multa em comento quando demonstrado o atraso na homologação da rescisão e aplico a Tese Jurídica Prevalente número 08 que pacificou a matéria no âmbito do Tribunal em julgamento ocorrido em 04.05.2017, in verbis:

"TESE JURÍDICA PREVALECENTE N° 08: MULTA DO ART. 477 DA CLT. PLAUSIBILIDADE. HOMOLOGAÇÃO RESCISÓRIA. O depósito tempestivo das verbas resilitórias devidas ao empregado afasta a incidência da multa do art. 477 da CLT".

Assim, considerando que o pedido foi embasado, tão somente, na extemporaneidade do ato rescisório e não do pagamento das verbas rescisórias, que foram quitadas em 13/11/2013, doc fl 89, indevida a multa do §8º do art. 477 da CLT.

Nego provimento.

### **DEDUÇÕES LEGAIS**

A a ré deve deduzir e recolher as contribuições do reclamante ao INSS e ao IR sobre as parcelas que tiverem incidência legal, observe-se quanto às parcelas de natureza salarial e indenizatória o artigo 28 da Lei no 8.212/91.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO  
Gab Des Gustavo Tadeu Alkmim  
Avenida Presidente Antonio Carlos 251 6o. andar - Gabinete 43  
Castelo RIO DE JANEIRO 20020-010 RJ

**PROCESSO: 0000870-04.2014.5.01.0551 - RTOrd**

**A C O R D A M** os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para condenar a ré ao pagamento de diferenças de horas suplementares e diferenças salariais pelo desvio de função, com as devidas retificações do salário lançado na CTPS e com as integrações postuladas na inicial, acrescidos de juros e correção monetária, esta, na forma recomendada pela Súmula 381 do C. TST. Imposto de Renda e conta previdenciária devem ser deduzidos com observância aos termos da Súmula 381 do C. TST, com a atenção à natureza jurídica das parcelas descritas no art. 28 da Lei. 8.212/91, fixando-se à condenação o novo valor de R\$ 20.000,00, custas no importe de R\$ 400,00, nos termos da fundamentação do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 12 de Junho de 2018.

**GUSTAVO TADEU ALKMIM**

Desembargador Relator