



PROCESSO: 0001712-34.2012.5.01.0072 - RO

**Acórdão
8a Turma**

Prestar apenas alguns dos serviços próprios a um determinado "cargo" não autoriza se reconheça o "desvio de função" para aquele "cargo".

O "desvio de função" pressupõe que o trabalhador que nele se encontra se ocupe de todas as tarefas ou serviços que compõem o "perfil" do outro "cargo".

Exercer, o trabalhador, apenas algumas daquelas tarefas ou serviços não basta a que a ele se reconheça o direito de receber salário equivalente ao do outro "cargo" - em que se verificaria o "desvio de função".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, em que são partes: **CEDAE - COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS**, como recorrente, e **ELIAS DA PAIXÃO LIMA**, como recorrido.

Por sentença proferida em 07.05.2015, a MM^a 72^a Vara do Trabalho do Rio de Janeiro (**Juíza Heloísa Juncken Rodrigues**) julga procedente em parte o pedido formulado por **Elias da Paixão Lima** em face de **Cedae - Companhia Estadual de Águas e Esgotos**, para condenar a reclamada a pagar, ao reclamante, "diferenças salariais entre o cargo de auxiliar de apoio profissional e o cargo de operador de elevatória, enquanto perdurar o desvio de função, e, em consequência, os reflexos em parcelas vencidas e vincendas, adicional de tempo de serviço (triênio), férias + 1/3 constitucional, 13º salário, FGTS, adicional noturno e insalubre e horas extras", além de "honorários advocatícios em 15% do valor da execução" (v. fls. 273/277).

Embargos de declaração opostos pelo reclamante (v. peça de fls. 279/280) foram acolhidos, em 18.08.2015, para acrescentar à condenação imposta à reclamada que "... devidos os reflexos das diferenças salariais nas gratificações de férias, conforme pedido no item 4 da inicial" (v. fls. 300)

Inconformada, a reclamada, antes mesmo de serem julgados os embargos de declaração, interpõe recurso ordinário (v. peça de fls. 281/289, ratificando-o em 18.09.2015 - v. fls. 302), ao qual o reclamante resiste em contra-razões (v. peça de fls. 311/319).

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Da admissibilidade

Conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada, tempestivo e "assinado digitalmente" por Advogada regularmente constituída nos autos (v. fls. 290, vº/292, vº e fls. 294/294, vº).

Pela reclamada, foram recolhidas as custas judiciais e foi feito o depósito recursal (v. fls. 289, vº, fls. 290 e fls. 303).

Do mérito

Merece provimento o recurso.

Com esta ação trabalhista, ajuizada em 19.12.2012, o reclamante pretenderia fosse a reclamada condenada "no pagamento das diferenças salariais vencidas e vincendas existentes entre o cargo de auxiliar de apoio profissional, classe 02, nível B e o de instalador de águas, classe 05, sendo que as diferenças salariais são devidas enquanto durar o desvio de função ...", alegando, em síntese, que

"foi admitido aos serviços da reclamada em 30.10.1987, ocupando atualmente pelo PCCS - Plano de Cargos e Carreiras e Salários o cargo de Auxiliar de Apoio Profissional, classe 02, nível B, com a percepção de salário de acordo com a tabela da ré"

"apesar do cargo constante em sua CTPS ser de auxiliar de apoio profissional, classe 02, nível B, o reclamante está desviado de suas funções há aproximadamente 05 anos, desempenhando a função de instalador de águas, classe 05, no Setor de Reservatório da Cedae sem que a reclamada o remunere corretamente no cargo cuja atividade de fato desempenha"

"a conduta da reclamada implica em locupletação indevida e sem causa da mão de obra, já que a ré tem pleno conhecimento da real situação fática do autor há vários anos, da função desempenhada pelo mesmo, sem nenhuma solução de continuidade cujas prestações são vencíveis mês a mês em face da lesão continuada do direito"

....."

Na sessão da audiência de instrução e julgamento designada para o dia 29.07.2013, "... retifica, o reclamante, a sua inicial, a fim de que seja modificado para *operador de elevatória*, em substituição a *instalador de água*, o cargo/funções em relação ao qual pretende diferenças salariais" (v. ata de fls. 83).

O d. Juízo de origem acolhe o pedido formulado pelo autor, destacando, na r. sentença proferida em 07.05.2015, que

"da análise do onjuto probatório existente nos autos, observa-se que a testemunha de fls. 271 confirmou que trabalhou com o autor, ambos operando motobomba, acionando equipamentos mecânicos e elétricos na elevatória, que é próprio do operador de elevatória, trabalho que o autor exerce há cerca de 10 anos"

"informa ainda que ambos exercem tal função sem anotação na carteira de trabalho, e que estão no exercício de tal função porque aqueles que antes as exerciam já se aposentaram"

"portanto, restou demonstrado que o autor encontra-se desviado de função"

"embora o empregado não possa ser reenquadrado, devido a (sic) ausência de concurso para investidura em outro cargo público, como bem lembrou a ré, o autor não tem tal pretensão, mas apenas a percepção dos mesmos valores devidos àqueles que exercem a função para a qual foi designado"

"assim, não é obstáculo ao pedido do autor este não preencher os requisitos legais ou constitucionais acima apresentados, já que pleiteia somente a diferença salarial entre o que recebe e o que é pago àqueles que exerceram a mesma função na empresa, segundo seu plano de carreira, isto é, isonomia salarial"

"quanto ao assunto, o TST também já pacificou o entendimento no sentido que o desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas"

....."

Não é bem assim, entretanto.

Analisando, com a necessária atenção, o depoimento da - única - testemunha ouvida pelo d. Juízo de origem, conclui-se, aliás, sem que para tanto seja necessário maior esforço, que ele não é suficiente a demonstrar o alegado "desvio de função".

Com efeito, respondendo às perguntas que lhe foram dirigidas, aquela testemunha, conduzida pelo reclamante, diz apenas que

"trabalha com o reclamante"

"o reclamante rende o depoente no plantão na elevatória da Francisco Sá"

"a escala é de 24 x 72 horas"

"o depoente e reclamante operam motobomba, fazem manobra no registro de 100 a 800 de diâmetro, ligam e desligam a bomba, acionam equipamentos mecânicos e elétricos na elevatória, além de fazer a leitura dos equipamentos"

"o serviço que o reclamante e depoente executam é próprio de operador de elevatória"

"o depoente começou a trabalhar na elevatória há mais de dez anos e o reclamante se encontra há cerca de dez anos"

"o trabalho do depoente e do reclamante, até a presente data, continua sendo realizado na elevatória"

"o auxiliar trabalha no campo, ou seja, na rua, dando ferramenta ao instalador, fazendo ligações de tubulações na rua, cavando buracos para a instalação das tubulações"

"na elevatória atualmente não tem nenhum empregado com a anotação da função de operador de elevatória na CTPS, vez que os que havia aposentaram-se"

(v. fls. 271).

Do que foi dito por essa testemunha, possível inferir que o reclamante, **de fato**, exerce funções estranhas ao "cargo" que ocupa: de "auxiliar de apoio profissional".

Mas daí reconhecer que o reclamante, **de fato**, exerce, em sua plenitude, as funções inerentes ao "cargo" de "operador de elevatória" percorre-se longa distância - sem que seja possível alcançar essa conclusão.

Com efeito, de acordo com o "MANO - Manual de Normas de Recursos Humanos" implementado pela reclamada, um "operador de elevatória" se encarregaria de

"operar conjunto moto-bomba e outros equipamentos das elevatórias de água e esgoto, acionando comandos de equipamentos elétricos e mecânicos; proceder às leituras dos instrumentos de medição; executar serviços de manutenção, como: engaxetamento, ajuste de peças, verificação dos níveis de óleo e lubrificantes e limpeza de grades das elevatórias de esgoto, bem como executar planos de operação, de modo garantir o funcionamento normal do sistema. Comunicar, anotando em impresso próprio, as ocorrências e anormalidades no funcionamento das instalações da Elevatória""

(v. o documento de fls. 168).

A - única - testemunha ouvida por requerimento do reclamante afirma que eles - pois, ao que se depreende de seu depoimento, mesmo a testemunha também estaria em "desvio de função" - "operam motobomba, fazem manobra no registro de 100 a 800 de diâmetro, ligam e desligam a bomba, acionam equipamentos mecânicos e elétricos na elevatória, além de fazer a leitura dos equipamentos"

Ou seja, a testemunha confirma que o reclamante desempenhava algumas das - mas não todas - tarefas inerentes ao "cargo" de "operador de elevatória".

No entanto, a testemunha não menciona coubesse ao reclamante "executar serviços de manutenção, como: engaxetamento, ajuste de peças, verificação dos níveis de óleo e lubrificantes e limpeza de grades das elevatórias de esgoto, bem como executar planos de operação, de modo garantir o funcionamento normal do sistema." - outras atribuições peculiares ao "cargo" de "operador de elevatória".

Prestar apenas alguns dos serviços próprios a um determinado "cargo" não autoriza se reconheça o "desvio de função" para aquele "cargo".

O "desvio de função" pressupõe que o trabalhador que nele se encontra se ocupe de todas as tarefas ou serviços que compõem o "perfil" do outro "cargo".

Exercer, o trabalhador, apenas algumas daquelas tarefas ou serviços não basta a que a ele se reconheça o direito de receber salário equivalente ao do outro "cargo" - em que se verificaria o "desvio de função".

Não se nega - diante do depoimento da testemunha - o fato de o reclamante ocupar-se de serviços estranhos ao seu "cargo", de "auxiliar de apoio operacional" (v. o documento de fls. 167).

Mas apenas esse acréscimo de serviços não autorizaria reconhecer o "desvio de função" para o "cargo" de "operador de elevatória".

Documentos que vieram aos autos com a petição inicial, assim: "mapas de controle operacional", "mapas de manobras", dentre outros (v. fls. 32/68), comprovam que o reclamante desempenha atribuições alheias ao seu "cargo" (de "auxiliar de apoio profissional"), mas não o exercício, de forma plena, das funções que se "acoplariam" ao "cargo" de "operador de elevatória".

Na ausência de prova peremptória e inequívoca do alegado "desvio de função", inviável seria acolher o pedido formulado pelo autor.

Desnecessário enfatizar que sobre o reclamante recairia o encargo processual de demonstrar as suas alegações - nos termos do art. 818 da CLT e do art. 333, inciso I, do CPC.

E desse encargo processual o reclamante não consegue se desvencilhar tão-somente com o depoimento de sua - única - testemunha (e mesmo com os documentos que vieram aos autos com a peça vestibular.

Dou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para, reformando a r. sentença proferida em 09.10.2012, julgar improcedente **in totum** o pedido formulado pelo reclamante (incluindo o relativo aos honorários advocatícios).

Por último, e para evitar desnecessários embargos de declaração, faz-se o registro de que não incide a prescrição "total" sobre qualquer das pretensões deduzidas pelo reclamante, considerando o que ensina a Súmula nº 275 do C. TST, por seu item II: **"na ação que objective corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento"**.

E assim é por óbvias razões: o - autêntico - "desvio de função" constitui situação que se repete mês a mês, lesando direito do trabalhador.

O - autêntico - "desvio de função" não traduz "alteração contratual", correspondendo, isto sim, ao descumprimento - pelo empregador - de uma das obrigações que decorreriam do contrato de trabalho.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário interposto pela reclamada, dando-lhe provimento, em parte (porque, de qualquer sorte, não foi acolhido o requerimento a que fosse aplicada a "prescrição total"), para, reformando a r. sentença proferida em 07.05.2015, julgar improcedente **in totum** o pedido formulado pelo reclamante (incluindo o relativo aos honorários advocatícios).

Invertem-se os ônus da sucumbência, mas não se determina que o reclamante reembolse à reclamada o valor das custas processuais recolhidas em preparo ao seu recurso ordinário, pelo direito à gratuidade de Justiça que a ele foi reconhecido, no primeiro grau de jurisdição (art. 790, § 3º, da CLT).

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, dando continuidade ao julgamento iniciado na sessão do dia 15.03.2016, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pela reclamada, e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento, em parte (porque, de qualquer sorte, não foi acolhido o requerimento a que fosse aplicada a "prescrição total"), para, reformando a r. sentença proferida em 07.05.2015, julgar improcedente **in totum** o pedido formulado pelo reclamante (incluindo o relativo aos honorários advocatícios). Invertem-se os ônus da sucumbência, mas não se determina que o reclamante reembolse à reclamada o valor das custas processuais recolhidas em preparo ao seu recurso ordinário, pelo direito à gratuidade de Justiça que a ele foi reconhecido, no primeiro grau de jurisdição (art. 790, § 3º, da CLT). Vencida parcialmente a Desembargadora Relatora, que excluía da condenação apenas as diferenças salariais sobre as parcelas vencidas, bem como os honorários advocatícios, e vencida parcialmente a Desembargadora Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, que excluía da condenação apenas os honorários advocatícios. Tendo a princípio ocorrido empate em relação a alguns temas, o Desembargador José Antonio Teixeira da Silva, que não havia participado da sessão anterior, julgou-se apto a votar, acompanhando o voto divergente. Redigirá o acórdão o Desembargador Roque Lucarelli Dattoli, voto prevalente.

Sala de Sessões, 17 de maio de 2016.

DESEMBARGADOR ROQUE LUCARELLI DATTOLI

Redator Designado