



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

A C Ó R D ã O
SBDI-2
GMAAB/FPR

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO RÉU. AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC/15. CODESP. REENQUADRAMENTO. VIOLAÇÃO DA NORMA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFIGURAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 25 DA SBDI-1. CORTE RESCISÓRIO PARCIALMENTE DEVIDO. 1. Trata-se de ação rescisória que objetiva a desconstituição de acórdão regional por meio do qual se determinou o reenquadramento e reconhecimento do direito às diferenças salariais decorrentes do desvio de função. Ao julgar procedente o corte rescisório, por violação do art. 37, II, da Constituição Federal, com base no art. 966, V, do CPC/15, o eg. Tribunal Regional excluiu da condenação as diferenças salariais devidas ao então reclamante, por força do desvio funcional, fato incontroverso sedimentado no feito matriz. Todavia, conquanto deva ser mantido o corte rescisório em relação ao reenquadramento, uma vez que o reclamante não foi submetido a certame público que o legitimasse a perceber o padrão remuneratório inerente ao cargo, são devidas as diferenças salariais respectivas pelo período de duração do desvio de função. **2.** Entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial n° 125 da SBDI-1 do TST, a partir da interpretação do art. 37, II, da Constituição Federal, que constitui seu fundamento de validade no sentido de que: "O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988". Precedentes. **3**. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário n° **TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000**, em que é Recorrente **CLÁUDIO SOARES** e é Recorrida **COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP**.

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela recorrida, em 26/9/2016, com pedido de tutela antecipada, com fulcro no art. 966, V e VIII, do CPC/15, buscando desconstituir acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional nos autos da reclamação trabalhista n° 120800-26.2008.5.02.0445, ajuizada pelo ora recorrente. Apontou violação dos arts. 37, II, da Constituição Federal e 461 da CLT, bem como vulneração da Súmula n° 6, I, e da Orientação Jurisprudencial n° 125 da SBDI-1, ambas do TST.

O eg. Tribunal Regional, após indeferir a tutela antecipada às págs. 798/799, julgou procedente o pedido de corte rescisório, conforme acórdão às págs. 884/891, para julgar improcedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista matriz.

O réu interpõe recurso ordinário, às págs. 936/950, admitido à pág. 953.

Contrarrazões às págs. 958/972.

Sem parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

Regular a representação processual, tempestiva a interposição do recurso e recolhidas as custas processuais. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço.



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

MÉRITO

Conforme relatado, trata-se de recurso ordinário interposto pelo réu, em face de decisão que julgou procedente o corte rescisório objetivado pela Companhia das Docas do Estado de São Paulo.

Na decisão recorrida, o eg. Tribunal Regional considerou inconstitucional a determinação de reenquadramento do empregado. A decisão está assim fundamentada, em síntese:

(...) Portanto, é fato incontroverso que o réu/reclamante foi admitido na função de GUARDA PORTUÁRIO e estava enquadrado no último PCS no cargo de TÉCNICO PORTUÁRIO. Também incontroverso que a reclamação trabalhista pretendeu o seu reenquadramento para o cargo de ADMINISTRADOR/ESPECIALISTA PORTUÁRIO-2 e as diferenças salariais correspondentes a título de DESVIO DE FUNÇÃO.

Também e incontroverso que o autor/reclamado (CODESP) integra a Administração Pública Indireta, sujeitando-se, pois, ao regramento de direito público, com derrogação de normas aplicáveis às empresas privadas.

O inciso II do art. 37 da Constituição da República dispõe expressamente que *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*

O v. acórdão rescindendo, ao manter o reenquadramento e diferenças salariais por desvio de função, violou a literalidade da norma constitucional, cuja interpretação está consagrada pelo E. STF nas Súmulas Vinculantes nºs 43 e 37, *in verbis*:

43. É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

37. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

De ver-se que referidas Súmulas Vinculantes 43 e 37 decorreram de conversão de enunciados das Súmulas persuasivas de n°s 685 e 339, respectivamente.

Não há que se falar, pois, que a matéria era de interpretação controvertida, pois a Súmula 685, aprovada em 24.09.2003, possui entendimento consolidado do Plenário do E. STF muito antes da prolação da decisão rescindenda.

Ainda que assim não fosse, a Súmula 343 do STF não se aplica em matéria constitucional. Nesse sentido: (...)

Há mais. A decisão rescindenda, além de inconstitucional, ao determinar o reenquadramento funcional do réu/reclamante, com pagamento de diferenças salariais, acarretou situação que não se exauriu.

Isso porque, em razão da relação de emprego, há uma relação sucessiva entre o autor e o réu, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Portanto, a situação inconstitucional se projeta para o futuro, para além do momento da sentença e do acórdão que a confirmou.

O saudoso Min. Teori Zavascki pontuava que (...)

Por isso, JULGO PROCEDENTE a presente ação rescisória para (a) rescindir o v. acórdão da 14ª Turma proferido nos autos do Proc. n° 0120800-26.2008.5.02.0445; (b) realizar novo julgamento do recurso, para reformar a r. sentença e excluir o reconhecimento do desvio de função, o reenquadramento do reclamante e a condenação no pagamento de diferenças salariais por desvio de função e reflexos, JULGANDO IMPROCEDENTE a reclamação trabalhista.

Nas razões do recurso ordinário, o réu salienta que "o direito às diferenças salariais decorrentes do reconhecimento do desvio funcional nos termos da OJ-SDI-1 125 do TST em relação a trabalhadores integrantes de empresa submetida a regra do dispositivo constitucional já referido", em nada se relaciona com o dispositivo apontado como violado pela autora (art. 37, II, CF).

Afirma ainda que a matéria acerca do desvio de função prescinde de exame dos fatos e da prova já apreciados na decisão rescindenda, esbarrando a pretensão autoral na Súmula 410 do TST. Acena que o próprio autor admite a existência de desvio funcional, "de modo



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

que a pretensão da ação está fundamentada e limitada à tese de impossibilidade de novo enquadramento" e que remanesce, portanto, "o direito às diferenças salariais geradas pelo desvio de função, de modo que o acórdão é *ultra* e ou *extra petita*, ao julgar a ação totalmente procedente".

Acena que o caso tratado nos autos não guarda relação com as Súmulas 43 e 37 do STF.

Considera que "mesmo se afastando o enquadramento com base na violação do inciso II do artigo 37 da CF, subsiste o direito às diferenças salariais pelo tempo que perdurou o desvio de função, não sendo, portanto, o caso de situação permanente como equivocadamente referido pelo acórdão". Requer a observância da OJ 125 da SDI1.

Ao final, requer o restabelecimento do acórdão rescindido e "a consequente procedência em parte da ação trabalhista que condenou a autor em diferenças salariais geradas pelo desvio funcional nos termos da OJ-SDI-1 125".

Assim está fundamentada a decisão rescindenda sobre o tema (págs. 993/994):

RECURSO DA RECLAMADA

Impugna a recorrente a condenação relativa ao desvio de função.

Incide no caso apenas o prazo quinquenal, conforme teor da Súmula 275 do C. TST. O correto enquadramento para cálculo das diferenças tem natureza declaratória, portanto, não há prescrição total.

O autor foi admitido em 21.11.1984, enquadrando-se no cargo de assistente técnico, administrativo, com denominação atual, pelo novo PCS, de técnico de serviços portuários. Em seu depoimento (fl. 145), o reclamante informa que substituíra o administrador da tesouraria da Codesp em suas férias, recebendo a remuneração do cargo ocupado, sendo que em 2000 passou a assumir integralmente as atividades de administrador promovido a assessor da Presidência.

O preposto disse que o reclamante era responsável pelo controle do patrimônio da reclamada, seguro de vida e transferência de bens; nega a substituição do administrador pelo reclamante e revela que os cargos de administrador não são providos através de concurso público.



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

A testemunha do reclamante confirma o exercício das funções de administrador. A testemunha da reclamada embora tenha admitido a função de administrador pelo reclamante apenas em férias do titular (o depoente), não soube informar quem ocupou o cargo em 2000, quando o administrador do setor do reclamante passou a assessor da presidência e afirma que ele (depoente) continuou executando as atividades de administrador, mas em setor diferente.

Assim, flagrante que o preposto faltou com a verdade, pois informou que o último depoente é que teria assumido as atividades do administrador promovido.

Os documentos de fls. 45/50, especialmente o de fl. 49 favorecem a tese obreira. Assim, não se acolhe a alegação de que seria necessária aprovação em concurso para o alcance do cargo de administrador, vez que confessado pelo preposto que tal cargo não era provido através de concurso. Também restou evidente, mesmo pelas contradições nos depoimentos, que o autor não atuava como administrador apenas nas férias do titular oficial. Ressalte-se que o teor da Súmula 127 que dispõe: “Quadro de pessoal organizado em carreira, aprovado pelo órgão competente, excluída a hipótese de equiparação salarial, não obsta reclamação fundada em preterição, enquadramento ou reclassificação”.

Nem se cogite de que a solicitação do Diretor-Presidente da Codesp ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (fls. 45/48) foi uma tentativa de reclassificação dos seus empregados, eis que expressamente o emitente esclarece que sua intenção é justamente colocar os funcionários na atividade que já vinha exercendo.

A reclamada insiste que se trataria de pedido de equiparação salarial, o que não se acolhe, pois **demonstrado que o reclamante laborava em desvio de função, posto que realizava serviços de atribuição do administrador, embora lotado como mero técnico e não houve pedido nesse sentido na inicial.**

Ressalte-se que vislumbrado também em outros feitos (proc. n° 00911.2008.441.02.00-0, p. ex.) que em dado momento a recorrente não mais realizou certames para a contratação de funcionários para o preenchimento de seus cargos desocupados, pelo que flagrante o desvio de função.



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

Não há que se cogitar de proibição nas normas de administração de cargos e salários do sistema Portobrás para promoções verticais (acesso do empregado para cargo efetivo de nível mais elevado), em vista do documento de fls. 45/48, quando a própria Codesp comunica os casos de desvio de função e pretende manter os funcionários nas funções atuais. Mantenho a conclusão originária, inclusive as integrações nas demais verbas da remuneração, como a função gratificada, pois calculada com base no salário nominal.

Os honorários advocatícios são devidos quando a parte obtém assistência judiciária do Sindicato, mas condicionam-se aos demais requisitos estabelecidos na lei 5.584/70, em especial os do seu art. 14. No caso, verifica-se o preenchimento dessas condições, pois o reclamante está assistido por advogado do seu sindicato de classe e juntou aos autos declaração de miserabilidade. Mantida a condenação em honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da condenação em favor do Sindicato assistente.

Em suas contrarrazões, o reclamante reitera protestes de fls. 146 e 149/150, apontando a necessidade de a reclamada trazer aos autos integra o processo interno n° 11.346/06-91, que apurou a existência do desvio de função objeto desta ação e acaso entendido o conjunto probatório insuficiente, requer a nulidade por cerceamento probatório e reabertura da instrução processual. Diante da manutenção da r. sentença no particular, não se acolhe alegação de cerceamento, vez que os elementos probatórios dos autos são suficientes para a conclusão de procedência. (grifo nosso)

A decisão foi complementada em resposta aos embargos de declaração:

(...) O direito a diferenças por desvio de função não se confunde com pleito de equiparação salarial nem tampouco o de reenquadramento face à inexistência de quadro organizado em carreira, mas sim o reconhecimento judicial de preterição entre a função efetivamente exercida e contratada. Assim, mesmo a existência de Plano de Cargos e Salários ou ainda, Quadro de Carreira não obsta o deferimento de diferenças pelo desvio,



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

considerando-se o teor da Orientação Jurisprudencial n° 125 da SBDI-1 do C. TST.

No mais, a embargante pretende a reapreciação de matéria já decidida, não havendo qualquer omissão ou contradição que justifique a medida.

Ao recorrente assiste razão quanto às diferenças salariais devidas em razão do desvio de função - fato incontroverso - ainda que não se admita o reenquadramento, à luz do art. 37, II, da Constituição Federal. Essa é a inteligência da Orientação Jurisprudencial n° 125 da SBDI-1 desta Corte, *ad litteram*:

DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA (alterado em 13.03.2002)

O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988.

A decisão recorrida, ao julgar procedente o pedido de corte rescisório para julgar improcedente a reclamação trabalhista, em novo julgamento da causa, excluiu "o reconhecimento do desvio de função, o reenquadramento do reclamante e a condenação no pagamento de diferenças salariais por desvio de função e reflexos", desconsiderando que o desvio funcional permanece imaculado - sendo devida a contraprestação em pecúnia pelos serviços efetivamente prestados pelo réu -, apesar da impossibilidade legal de novo enquadramento do empregado que não se submeteu a concurso público.

Nesse contexto, a Orientação Jurisprudencial n° 125 da SBDI-1, firmada a partir dos inúmeros precedentes que a fundamentam, expressamente repudia a possibilidade de que as diferenças sejam definitivamente incorporadas, ensejando apenas o pagamento das diferenças salariais respectivas, enquanto perdurar o desvio de função. E isso porque a incorporação definitiva ao salário alça o empregado a patamar remuneratório inerente ao cargo para o qual não prestou concurso, ainda que não tenha sido reenquadrado na função e para a remuneração da qual se exige a dotação orçamentária necessária para a criação de cargo



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

público, o que somente se dá por lei (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90). Dessa forma, não tendo o então reclamante sido submetido ao certame público para legitimá-lo a perceber o padrão remuneratório inerente ao cargo, são devidas apenas as diferenças salariais respectivas pelo período que durou o desvio de função.

Sendo assim, há que se dar provimento ao recurso ordinário do réu, parcialmente, para restabelecer o direito às diferenças salariais.

Neste sentido são os seguintes precedentes desta c. Subseção:

"RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC DE 2015. PETROBRAS. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. DETERMINAÇÃO DE INCORPORAÇÃO. VIOLAÇÃO DA NORMA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFIGURAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO CORTE RESCISÓRIO. 1. Trata-se de ação rescisória ajuizada sob a égide do CPC/2015, em que pretende a Petrobras a desconstituição do acórdão que reconheceu o direito do reclamante às diferenças salariais pelo desvio de função, determinando a sua incorporação definitiva no salário. Fundamenta o pedido de corte rescisório no art. 966, V, do CPC/2015 ante a violação perpetrada pelo acórdão rescindendo à norma jurídica do art. 37, inciso II, da Constituição Federal. 2. Hipótese de rescindibilidade caracterizada por violação literal do art. 37, II, da Constituição Federal, porquanto, não obstante a decisão rescindenda não tenha determinado o reenquadramento, culminou por determinar a incorporação definitiva das diferenças salariais pelo desvio de função ao salário, alçando o empregado a patamar remuneratório inerente ao cargo para o qual não prestou concurso público, ainda que não tenha sido reenquadrado na função. 3. Entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial nº 125 da SBDI-1 do TST, a partir da interpretação do art. 37, II, da CF/88, que constitui seu fundamento de validade no sentido de que: "O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes de vigência da CF/1988". 4. Nesse contexto, não tendo o reclamante sido submetido ao



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

certame público para legitimá-lo a perceber o padrão remuneratório inerente ao cargo, são devidas apenas as diferenças salariais respectivas enquanto perdurar o desvio de função, sob pena de enriquecimento ilícito do empregador, uma vez que é impossível devolver a força de trabalho despendida pelo empregado. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação rescisória" (RO-7661-32.2016.5.15.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 14/12/2018).

"RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA SOB A ÉGIDE DA LEI N° 5.869/73 - EMPREGADO PÚBLICO - DESVIO DE FUNÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - REEQUADRAMENTO - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. 1. No âmbito desta Corte pacificou-se o entendimento de que o desvio funcional não gera direito ao reenquadramento, sob pena de afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, ainda que o desvio tenha se operado antes do advento da nova ordem constitucional, mas, apenas, à percepção das diferenças salariais, conforme o disposto na Orientação Jurisprudencial n° 125 da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do TST. 2. Observado que a empregada pública foi contratada para a função de servente, ainda que nunca exercida, a determinação de retorno àquela função não caracteriza alteração contratual unilateral lesiva. 3. Incólume o art. 468 da CLT. Recurso ordinário conhecido e desprovido" (RO-8982-50.2012.5.04.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 19/12/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. (...) II - DIFERENÇAS SALARIAIS. DESVIO DE FUNÇÃO. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. NÃO CONFIGURAÇÃO. O TRT, no acórdão recorrido, julgou procedente a ação rescisória apenas para, em juízo rescisório, rechaçar o pedido de reenquadramento. Não obstante, julgou a pretensão desconstitutiva improcedente em relação às diferenças salariais deferidas na sentença rescindenda, sendo o acórdão desafiado por recurso ordinário da Autora, que figurou como Reclamada no processo matriz. A decisão



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

rescindenda está em consonância com a jurisprudência do TST, consubstanciada na O.J. n° 125 da SBDI-1, segundo a qual o desvio funcional do empregado gera direito às diferenças salariais respectivas. Ressalte-se que não se há falar em violação do artigo 37, II, da Constituição Federal, uma vez que não se determinou o ingresso em emprego público sem a observância do requisito da aprovação prévia em concurso público, sendo deferidas apenas as diferenças salariais decorrentes do desvio de função . Recurso ordinário não provido. III - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO . Em face da atual redação do item II da Súmula n° 219 do TST, segundo a qual "é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista", não são exigíveis os requisitos da Lei n° 5.584/70 para o deferimento da verba honorária em sede de ação rescisória, que se pauta pelo disposto no artigo 20 do CPC. Recurso ordinário não provido " (RO-2261-62.2011.5.06.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 06/03/2015).

"RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 37, II, DA CARTA MAGNA. REENQUADRAMENTO. DESVIO DE FUNÇÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONCURSO. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é juridicamente inviável o reenquadramento em cargo para o qual o empregado público não logrou aprovação em concurso público. Este o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial 125/SBDI-1/TST. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido" (RO-6468-81.2012.5.02.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 16/05/2014).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário para restabelecer a decisão rescindenda no que se refere às diferenças salariais decorrentes do desvio funcional detectado, pelo período que perdurou a situação, com os respectivos reflexos.

ISTO POSTO



PROCESSO N° TST-RO-1002880-10.2016.5.02.0000

ACORDAM os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para restabelecer a decisão rescindenda no que se refere às diferenças salariais decorrentes do desvio funcional detectado, pelo período que perdurou a situação, com os respectivos reflexos. Custas inalteradas.
Brasília, 15 de setembro de 2020.

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

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1003D9F74AD3BC2232.