

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

AUSÊNCIA DO ADVOGADO

Recurso RE -209.174/
Tribunal TST

CARACTERIZAÇÃO — EFEITOS - REENQUADRAMENTO NEGADO

RESUMO

- A Turma julgadora, pelo acórdão de fls., não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamante, no qual era veiculado o tema "desvio de função - reenquadramento", tendo em vista que a decisão do Regional encontrava-se em consonância com a iterativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que o simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas. - A embargante aponta vulneração ao art. 896 da CLT, alegando que sua revista merecia conhecimento por afronta ao art. 37, II, da Constituição Federal de 1988. Sustenta que, ao contrário do que entendeu o Regional, não se aplica mencionado dispositivo constitucional a desvio de função iniciado antes da promulgação da atual Constituição Federal. Desse modo, igualmente inaplicável a Orientação Jurisprudencial nº 125 da SDI, já que a norma constitucional não tem aplicação retroativa. Argumenta, ainda, que a decisão da Corte de segunda instância afronta a literalidade do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, pois restou maculado direito adquirido da reclamante ao reenquadramento. - Inicialmente, cumpre observar que a alegação de afronta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República é inovatória, já que não constava das razões de revista (fls.), não merecendo exame nesta fase recursal. - Passemos, portanto, ao exame da alegação de que a revista merecia conhecimento por afronta ao art. 37, II, da Constituição da República. - O Regional consignou que as provas dos autos confirmavam que a obreira, desde o início da contratualidade, trabalhou em desvio de função, já que desempenhava funções típicas de "agente administrativo" e não as de "auxiliar operacional de serviços diversos", conforme classificação do reclamado. No entanto, deu provimento ao recurso ordinário patronal para limitar a condenação ao pagamento de diferenças salariais, sob o entendimento de que a reclamante não fazia jus ao reenquadramento pois, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal, a investidura em cargo público somente se opera mediante aprovação em concurso público. - Convém esclarecer que, embora a Corte de segunda instância não tenha consignado a data de admissão da reclamante, considerou prescritas todas as parcelas anteriores a 02.04.87, o que significa dizer que o vínculo empregatício iniciou-se antes dessa data (fls.). - Pretendeu a reclamante, em suas razões de revista, afastar a incidência do art. 37, II, da Carta Política, argumentando que não se aplica mencionado dispositivo a hipótese em que o desvio de função tenha iniciado antes do advento da atual Carta Política. - Sem razão, entretanto. - O entendimento da Turma, no sentido de que o reenquadramento pretendido encontra óbice no art. 37, II, da Carta Política, mesmo que o desvio de função tenha se iniciado antes da promulgação da atual Carta Política, encontra-se em consonância com decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, conforme se verifica no seguinte precedente: "Concurso público (CF, art. 37, II): não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda a forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira: inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da Constituição." - grifo nosso (Proc. RE-209.174/ES, DJ 13.03.98, Relator Ministro Sepúlveda Pertence) - Desse modo, não há como se concluir pela má aplicação do Enunciado nº 333/TST como óbice ao conhecimento da revista pois, de fato, a decisão do Tribunal Regional encontra-se em harmonia com o reiterado entendimento desta Corte, no sentido de que o simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas. - Porém, ainda que assim

não fosse, o entendimento de que o desvio de função não gera direito a reenquadramento independe do disposto no art. 37, II, da Constituição da República, pois aplicável inclusive na órbita privada. - O que se pretende evitar com esse posicionamento é que, pela via do reenquadramento, seja forçada a criação de cargo que, na realidade, não existia no quadro do empr

EMENTA

O entendimento de que o desvio de função não gera direito a reenquadramento independe do disposto no art. 37, II, da Constituição da República, pois aplicável inclusive na órbita privada. O que se pretende evitar com esse posicionamento é que, pela via do reenquadramento, seja forçada a criação de cargo que, na realidade, não existia no quadro do empregador. Seguindo esse raciocínio, o reenquadramento pretendido ensejaria a criação de um cargo público pela via do desvio de função, situação inadmissível no ordenamento jurídico pátrio, que estabelece serem os cargos públicos, necessariamente, criados por lei (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90).