

Poder Judiciário

Justiça do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho - 10^a

Região

Acórdão do(a) Exmo(a) Desembargador(a) Federal do Trabalho **BRASILINO SANTOS RAMOS**

Processo: **01908-2013-007-10-00-3-RO**

Ementa

1. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS

SALARIAIS. O desvio de função decorre da modificação das funções contratuais do empregado, mediante realização de atividade diferente daquela inicialmente pactuada e, em princípio, mais qualificada, sem, contudo, fornecer o empregador a correspondente contraprestação majorada. No caso dos autos, são indevidas as diferenças salariais pleiteadas, porquanto não constatado o efetivo exercício em função desviada.

2. ESTABILIDADE À GESTANTE. ROMPIMENTO DO VÍNCULO. INICIATIVA OBREIRA. "O estado gravídico por ocasião da ruptura contratual assegura à empregada gestante a continuidade do contrato de trabalho por meio da estabilidade temporária (CF, art. 10, II, "b" do ADCT). A estabilidade assegura a inteireza do contrato, mas não impede a sua ruptura por iniciativa do empregado que não deseja, imotivadamente, dar-lhe continuidade".

3. MULTA DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. A multa do art. 467 da CLT se impõe ao empregador que, até a audiência inicial, não tenha pago inteiramente o contrato de trabalho do seu ex-empregado, bem como não apresente controvérsia real às verbas rescisórias objeto da reclamação. A indenização do art. 477 da CLT, por sua vez, incide sempre que houver inobservância, pelo empregador, do prazo legal fixado no § 6.^º do mesmo dispositivo, tanto quanto em relação às obrigações de pagar como de fazer, estas atreladas ao ato rescisório. Não havendo verbas rescisórias incontrovertidas a serem pagas em audiência, porque integralmente quitadas no prazo legal, são incabíveis as multas celetistas.

4. DANOS MORAIS. Para a caracterização do dano moral, passível de reparação pelo empregador, mister se faz a demonstração cabal da prática de ações ou omissões dolosas ou culposas que redundem em ofensas morais. No caso concreto, não há nos autos nenhuma prova de que a atitude do demandado tenha acarretado constrangimentos à vida pessoal, familiar e social do trabalhador.

5. Recurso ordinário conhecido e desprovido.

Relatório

A MM. 7ª Vara do Trabalho de Brasília, em sentença proferida pela Exma. Juíza Érica de Oliveira Angoti, complementada pela decisão em embargos de declaração a fls. 144/145, julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial (a fls. 120/126).

A reclamante interpõe recurso ordinário, no qual pleiteia o pagamento de diferenças salariais, estabilidade gestante, multas da CLT e indenização por danos morais (a fls. 130/138).

A reclamada apresentou contrarrazões a fls. 148/159.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho na forma regimental.

É o relatório.

Voto

1. ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do recurso.

2. MÉRITO

2.1. DIFERENÇAS SALARIAIS. DESVIO DE FUNÇÃO

A reclamante, na inicial, narrou que foi admitida em 14/08/2013 na função de auxiliar de cozinha. Afirmou que em setembro de 2013 foi promovida à cozinheira, mas não teve o salário majorado e nem a CTPS anotada na nova função. Pediu o pagamento de diferenças salariais por desvio de função e o respectivo registro na CTPS.

A reclamada, em sua defesa, pontuou que a obreira nunca trabalhou como cozinheira, pois não tinha experiência para isso. Afirmou que após a saída da funcionária que desempenhava tal função a proprietária do estabelecimento e uma outra empregada passaram a realizar as atividades que antes lhe cabiam. Nesse período a reclamante continuou a exercer a função de auxiliar e, em razão do acréscimo de serviço, a empregadora passou a lhe pagar montante correspondente à diferença salarial entre o salário de auxiliar e de cozinheira.

A r. sentença negou provimento ao pedido por entender que a reclamante não provou suas alegações.

Em sede recursal, a autora repisa os argumentos da inicial.

O desvio de função decorre da modificação das funções contratuais do empregado, mediante realização de atividade diferente daquela inicialmente pactuada e, em princípio, mais qualificada, sem, contudo, fornecer o empregador a correspondente contraprestação majorada.

Nesse sentido, o desvio funcional pode ocorrer ainda que o empregado não esteja profissionalmente habilitado para o exercício da função desviada, já que se cuida de uma excepcionalidade contratual na qual o empregador, em regra, situa-se como beneficiário de trabalhos realizados sem a contraprestação devida.

Da análise dos elementos dos autos entendo que não ficou comprovada que a obreira passou a realizar atividade distinta daquela para a qual foi contratada. O mero aumento de salário pelo acréscimo do volume de serviço não é suficiente para demonstrar o alegado.

Tratando-se de fato constitutivo de seu direito, cabia à reclamante provar que exercia a função de cozinheira (arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC). Não tendo a obreira se desvincilhado do encargo probatório, nada é devido a título de diferenças salariais por desvio de função.

Nego provimento.

2.2. ESTABILIDADE GESTANTE

A reclamante aduziu que foi dispensada imotivadamente em 13/11/2013, quando estava gestante, sem o recebimento das verbas rescisórias. Pleiteou a reintegração na função ou o pagamento de indenização substitutiva.

A empregadora alegou que a reclamante foi admitida mediante contrato de experiência, sendo despedida quando do termo final do ajuste. Sustentou que somente ficou sabendo da gestação ao ser notificada desta ação, momento em que entrou em contato com a trabalhadora para que ela retornasse ao emprego, não tendo a mesma atendido à convocação. Asseverou que pagou todas as verbas rescisórias, bem como as parcelas devidas entre o término do contrato de experiência e a data de convocação pra retorno ao emprego. Declarou que o não comparecimento da autora após sua convocação configurou abandono de emprego, nos termos do art. 482, I, da CLT.

Nesse tópico, o voto condutor dava parcial provimento ao recurso. Contudo, prevaleceu a divergência aberta pela Exma. Des. Elke Doris Just, nos seguintes termos:

"O estado gravídico por ocasião da ruptura contratual assegura a empregada gestante a continuidade do contrato de trabalho por meio da estabilidade temporária (CF, art. 10, II, "b" do ADCT). A matéria encontra-se sedimentada por meio da súmula/TST 244, com redação obtida em 2012, não importando o desconhecimento da gravidez e tampouco a natureza do contrato por prazo determinado.

A estabilidade provisória, de outro lado, é instituto que assegura ao empregado a continuidade e inteireza do contrato de trabalho contra a ruptura imotivada do empregador.

No caso em exame, no momento da ruptura nenhuma das partes contratantes conhecia eventual impedimento para tanto. Mas a ruptura era vedada e portanto foi nula. Sobrevindo a ciência do impedimento para a ruptura o remédio é sua restauração fática. E neste sentido se comportou a reclamada ao se declarar pronta à continuidade

contratual. Tal conduta atende à reparação imediata do indevido rompimento e propicia a utilidade do contrato dentro de suas naturais finalidades individuais e sociais.

Ocorre que a empregada se recusou à restauração fática daquilo que o direito lhe assegura que é a integridade do contrato de trabalho, em seu favor.

Conforme disposto pela Magistrada sentenciante "A reclamada logrou êxito em comprovar, à saciedade, que colocou o emprego à disposição da autora, reintegrando-a, tendo noticiado o fato ao Juízo logo após a notificação. É o que comprovam os telegramas de fls. 102. A própria autora confessou que recebeu o telefonema da empregadora, noticiando a reintegração. Veja-se que até o final da audiência de instrução, a reclamada ainda continuou insistindo para que a autora retomasse a prestação de serviços, sem êxito. Assim, quanto à anulação da dispensa, tem-se que o pleito restou prejudicado, já que a própria demandada, após a notificação, reintegrou a obreira. Tanto é assim que veio pagando o salário-família relativamente a uma filha da autora (fls. 84/86). A própria autora noticiou que vem recebendo, após ter recebido o telefonema da reclamada para o retorno, o valor de cerca de R\$ 25,00, que é o salário-família retromencionado. A autora, a seu turno, não comprovou efetivamente qualquer motivo para não retornar a suas atividades".

Nada há de relevante, pois, que pudesse justificar a vontade declarada pela reclamante em não prosseguir no contrato de trabalho. Portanto, assim como a juíza sentenciante, recebe a manifestação da reclamante como declaração de desinteresse na continuidade do contrato que a lei lhe assegurava.

Sob esta ótica, o contrato foi rompido por iniciativa da reclamante quando não quis mais trabalhar para seu empregador. Vigeu o contrato até então, como constou da sentença, e foi rompido por iniciativa da empregada.

A estabilidade assegura a inteireza do contrato mas não impede a sua ruptura por iniciativa do empregado que não deseja, imotivadamente, dar-lhe continuidade.

Mantenho a sentença.

Dessa forma, nego provimento ao recurso da reclamante."

2.3. MULTA DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT

A reclamante pede o pagamento das multas em epígrafe.

A multa do art. 467 da CLT se impõe ao empregador que, até a audiência inicial, não tenha pago inteiramente o contrato de trabalho do seu ex-empregado, bem como não apresente controvérsia real às verbas rescisórias objeto da reclamação.

A indenização do art. 477 da CLT, por sua vez, incide sempre que houver inobservância, pelo empregador, do prazo legal fixado no § 6.^º do mesmo dispositivo, tanto quanto em relação às obrigações de pagar como de fazer, estas atreladas ao ato rescisório.

No caso dos autos, não havendo verbas rescisórias incontrovertidas a serem pagas em audiência, porque integralmente quitadas no prazo legal (a fls. 77 e 89/90), são incabíveis as multas celetistas.

Nego provimento.

2.4. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Insurge-se a reclamante contra a r. sentença que indeferiu o pleito de indenização por danos morais. Afirma que a reclamada a demitiu mesmo sabendo de seu estado gravídico e que as verbas rescisórias lhe foram pagas em atraso. Alegou que em razão da gestação não conseguiu se reinserir no mercado de trabalho, estando sem receber salários desde novembro/2013.

Nos termos do art. 5.º, incs. V e X, da CRFB, todo aquele que por culpa ou dolo infringir direito à honra ou à imagem de outrem fica compelido a indenizar-lhe o prejuízo, porque tais atributos subjetivos constituem o patrimônio inviolável do indivíduo.

Pertinente esclarecer que o dano moral resulta de lesão a direito da personalidade, repercutindo na esfera intrapessoal, atingindo aspectos imateriais e intangíveis, de conteúdo sentimental e valorativo, intrínsecos à espécie humana.

Para a caracterização do dano dessa natureza, passível de reparação pelo empregador, mister se faz a demonstração cabal da prática de ações ou omissões dolosas ou culposas que redundem em ofensas morais. É necessário, portanto, que, uma vez demonstrado o constrangimento sofrido pelo empregado, possa-se estabelecer um nexo de causalidade entre a ação do empregador e o dano. A teor do disposto nos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, é ônus da reclamante provar fato constitutivo de seu direito.

Como consignado no tópico anterior, não houve atraso no pagamento das verbas rescisórias. Ainda que fosse comprovada a mora, tal fato, por si só, não ensejaria o deferimento da indenização pleiteada.

Por outro lado, o término do contrato de experiência firmado pelas partes se deu pelo fim do prazo legal, sem que a reclamada tivesse conhecimento do estado gravídico da empregada. Ao tomar conhecimento da gravidez empregadora prontamente a convocou para retornar ao trabalho, o que foi recusado pela obreira. Não há nos autos nenhuma prova de que o término do pacto laboral tenha realmente acarretado constrangimentos à vida pessoal, familiar e social da trabalhadora.

Portanto, a recorrente não faz jus à indenização por danos morais.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Acórdão

ACORDAM os Desembargadores os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, em aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário, e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Brasília (DF), 29 de outubro de 2014(data do julgamento).

BRASILINO SANTOS RAMOS

Desembargador Relator

Certidão(ões)

Órgão 2^a Turma
Julgador:

34^a Sessão Ordinária do dia 29/10/2014

Presidente: Desembargador ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

Relator: Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS

Composição:

Desembargador MÁRIO MACEDO FERNANDES CARON Presente NORMAL

Desembargador BRASILINO SANTOS RAMOS Presente NORMAL

Desembargadora ELKE DORIS JUST Presente NORMAL

Desembargador JOÃO AMÍLCAR Ausente FERIAS

aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento nos termos do voto do Desembargador Relator, que restou vencido no tema da estabilidade gestante onde prevaleceu a divergência da Desembargadora Elke Doris Just. Ressalvas do Desembargador Mário Macedo F. Caron.
