

O DESVIO DE FUNÇÃO E A SÚMULA 378 DO STJ

Atualizado em 11/06/2012

No início de maio de 2009 foi publicada a Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça. Seu verbete é de uma objetividade ímpar, de modo que a partir de sua publicidade, muitos servidores iniciaram procura às assessorias jurídicas das Entidades Sindicais.

Eis a curta e emblemática transcrição da Súmula: “Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”. O fato é que o desvio de função e o direito às diferenças salariais não é novidade. Ao contrário, a jurisprudência vem dando positivas contribuições ao longo das últimas décadas.

Felizmente, a ampla divulgação nos veículos de comunicação, entre eles, sites especializados, jornais, informativos e, principalmente, o contato com os sindicatos despertou nos servidores um sentimento de investigação sobre suas próprias situações.

Afinal de contas, existe desvio de função no serviço público federal. Em vista dessa situação e da busca por informações relativas ao desvio de função e eventuais ações decorrentes dessa ilícita postura da Administração (ao determinar a um servidor o exercício de tarefas não condizentes ao cargo que ocupa), foi produzido esse texto, que tem como objetivo trazer as diretrizes e orientações básicas ao servidor que tem interesse em buscar uma justa reparação pela má postura dos órgãos públicos.

Longe de esgotar o tema, até porque são inúmeras as situações e as ramificações desse contexto, o intento é que a leitura do texto contribua na pauta do assunto para futuras atuações e reivindicações, com dados relacionados ao conceito, provas necessárias, valores cobrados etc.



I. Conceito de desvio de função

O desvio de função no direito administrativo foi “importado” do Direito do Trabalho. É verdade que para este último, sempre prevaleceu a idéia do desvio de função qualitativamente superior ao cargo primitivo e que são consideradas algumas características que não se aplicam ao funcionalismo. Mas é inegável que a construção jurisprudencial trabalhista deu relevante suporte à configuração do desvio de função que agora iremos tratar.

Um dos mais antigos conceitos, mas que sobrevive aos dias atuais foi extraído das obras do jurista Anacleto de Oliveira Farias. Sua precisão faz com que seja necessária a integral transcrição da definição: “Dá-se, em direito administrativo, o nome de ‘desvio de função’ a circunstância de o funcionário público desem-

penhar serviços não inerentes ao cargo que detém.”

Disso decorre, logicamente, que toda vez que um servidor público estiver desempenhando tarefas que não são próprias do cargo que ocupa, estará em desvio de função. E isso independe do fato de exercer atribuições de cargo de nível salarial superior, no mesmo padrão ou inferior àquele que prestou concurso.

Na realidade, vivenciamos diversas situações que esses quadros são, de certa forma, corriqueiros na Administração Pública. Vejamos, por exemplo, na Administração Pública: será que só existe desvio de função em linha “ascendente”, ou seja, aquele em que o servidor está exercendo funções superiores ao seu cargo?

Certamente não. Há aquilo

que chamamos de desvio de função de mesmo nível vencimental, ou ainda de nível inferior, o que geralmente ocorre por má gestão administrativa, ou ainda, casos de perseguição e assédio moral.

Essa é uma situação que muitos leitores podem se enquadrar: uma chefia, por perseguição e assédio moral atribui a um servidor funções de nível inferior àquelas próprias do seu cargo, como meio de desmotivar, humilhar e desordenar a vida desse trabalhador.

Em todos esses casos a conduta da Administração é ilícita, conforme restará demonstrado adiante. Mas, antes de tratar desse tema, basta ratificar o conceito trazido de que toda atribuição exercida pelo servidor, que é estranha ao seu cargo, configura o chamado desvio de função.

2. Do fundamento do desvio de função como Ilícito praticado pela administração

Defendemos que o desvio de função é ato ilícito praticado pela Administração. Isso decorre da atenta leitura de dispositivos legais, em especial, o artigo 117, inciso XVII da Lei 8.112/90 – estatuto dos servidores públicos federais. Esse dispositivo proíbe o acometimento ao servidor de funções estranhas ao cargo que ocupa.

Mas, não é só. O artigo 13º. do RJU³ (Lei 8.112/90) não permite que sejam alteradas as atribuições do servidor (que deveriam constar no seu termo de posse) e o artigo 4º. do mesmo diploma legal proíbe o trabalho gratuito.

Ademais, existem as disposições do artigo 884 do Código Civil, relacionado ao enriquecimento

sem causa, isto é, aquele que se locupletar indevidamente à custa de outrem, deverá ressarcir o indevidamente auferido.

Ora, se a Administração remunera um servidor com padrão de vencimento de nível médio, mas esse trabalhador exerce função de nível superior, o órgão está se locupletando na justa medida dessa diferença de salários.

Por fim, a Administração está vinculada às disposições do Edital de Concurso Público. Isso, na prática, significa que aquelas atribuições que constam no rol dos cargos concorridos ficam atreladas e a Administração não pode alterá-las posteriormente, eis que as regras do edital fazem lei entre as partes.⁴

³“Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei” (grifamos). Art. 4º - É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.”

⁴Importante decisão nesse sentido: TRF3 Plenário, MS 94030681519/SP.

3. Configuração do desvio de função

Até agora as ilações contidas nesse texto visavam apenas contextualizar aquilo que já foi definido pela jurisprudência dominante dos Tribunais que, inclusive, se tornou entendimento sumulado (378-STJ).

Mas, para uma real necessidade de nortear a configuração do desvio de função. Isso é de extrema relevância numa eventual ação judicial, até porque o processo que pedirá as diferenças salariais irá se resumir à comprovação do exercício de tarefas de cargo diverso.

A preocupação é, portanto, trazer os elementos próprios da categoria dos servidores, para que o exame de eventual situação ilícita se torne o mais claro possível, com possibilidade de intervenção judicial.

O ponto chave da configuração do desvio de função é a análise das atribuições dos cargos, ou seja, há que efetuar um juízo comparativo entre as atribuições do cargo ocupado e as que, de fato, são exercidas pelo servidor. Noutras palavras: se no confronto entre as tarefas realizadas e as que estão previstas legalmente houver divergência, estaremos, inequivocamente, frente ao desvio de função.

Contudo, sempre surge a seguinte dúvida: onde encontrar as atribuições dos cargos públicos? A resposta não é simples e devemos alertar que muitas vezes poderão surgir grandes dúvidas e dissensões. Mas, como o objetivo do presente trabalho é aclarar, vamos pautar essa indagação da seguinte maneira: em regra, existem três fontes para consulta a respeito das atribuições dos cargos: **a Lei da Carreira a que pertence o servidor; os regulamentos expedidos pelos Órgãos Públicos o edital de concurso público.**



A

Lei, fonte superior dessa consulta, algumas vezes, nos traz poucos elementos e conceitos jurídicos indeterminados, que permitem ao intérprete uma série de ilações e que podem não condizer com a realidade.

Porém, não há como negar que em alguns casos, a lei traz uma orientação à interpretação e diante desse quadro não resta alternativa senão consultar os regulamentos expedidos e próprio edital de concurso público, que é importante fonte de consulta, haja vista que constam as atribuições do cargo concorrido.

Feito este juízo de ponderações/confrontações e verificada a ocorrência de desvios de funções, o próximo passo é o ajuizamento de ação judicial, que será destacada no tópico seguinte, com suas peculiaridades, provas possíveis e necessárias precauções.

4. Ação judicial

A ação judicial no caso de desvio de função qualitativamente superior ao cargo primitivo tem como principal pedido a condenação da administração pública no pagamento das diferenças salariais devidas.

Não devemos olvidar que nos casos de desvio de função onde não há diferença salarial (aquelas citadas acima – quando ocorre desvio de função no mesmo nível salarial, ou ainda de nível inferior), a ação busca a obrigação da administração em atribuir ao servidor funções compatíveis com o cargo que detém. É certo que, eventualmente e dependendo da situação, o servidor poderá requerer indenização por danos morais, se configurado o assédio e perseguição.

Mas, nos concentraremos na primeira possibilidade, que é inclusive aquela tratada na Súmula 378 do STJ. Os valores que serão pleiteados nessa demanda são todas as diferenças salariais, que correspondem, nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei 8.112/90, ao vencimento

básico e todas as vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei⁵.

Dito isto, há dois aspectos relevantes que devem ser tratados: (i) as decisões judiciais não admitem pedido de enquadramento no cargo que o servidor foi desviado, por considerar tal pleito burla ao artigo 37, inciso II da Constituição da República, que exige concurso público para provimento de cargo efetivo. Assim, só são devidas as diferenças salariais; (ii) existem decisões que não conferem o direito à diferença salarial quando o servidor de nível intermediário foi nomeado para função comissionada atrelada a cargo superior⁶. Nesses casos, é necessária ampla análise da situação funcional do trabalhador.

Por fim, como afirmamos que a ação judicial é eminentemente probatória, o servidor deverá produzir provas para comprovação do desvio de função. Nesse intento, seguem alguns exemplos (meramente exemplificativos) de provas da configuração do desvio de função, independente de

outras que podem ser consideradas caso a caso: 1) Prova Testemunhal – trabalhadores que presenciaram o exercício de outras atribuições; 2) Prova documental – atos de nomeação, e-mails com solicitação de tarefas emitidas pela chefia, cópias de documentos produzidos pelo servidor, entre outros; 3) Fichas de Avaliações de progressão funcional onde constam tarefas desenvolvidas; 4) Termo de Posse; 5) Edital de Concurso realizado.

O departamento jurídico do Sindsef/SP trata de casos de desvio de função e está à disposição para os encaminhamentos necessários.



⁵ Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

⁶Precedente nesse sentido; TRF1, AMS 2002.37.00.004886-3/MA.