



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Desvio de função dos servidores públicos

Luciana Peixoto Freitas Velloso Bahia

Rio de Janeiro

2016

Luciana Peixoto Freitas Velloso Bahia

Desvio de função dos servidores públicos

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador (a): Professora Maria Carolina Cancellata Amorim

Rio de Janeiro

2016

DESVIO DE FUNÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS

Luciana Peixoto Freitas Velloso Bahia
Graduada pela Faculdade Metodista
Bennett do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada. Pós-Graduada em Direito
Público e Privado pela Universidade
Estácio de Sá.

Resumo: Desvio de função é um fenômeno contrário à lei e à Constituição da República que vem ocorrendo com certa frequência no âmbito da Administração Pública. A colocação de servidor público em desvio de função é considerado um ato ilícito e pode ocorrer em qualquer esfera da Administração, seja federal, estadual ou municipal. Para corretar compreensão desse fenômeno, primeiramente dedemos compreender de que forma se dá o ingresso serviço público, o conceito de servidor público e como se estabelece as atribuições deste servidor dentro da administração. Compreenderemos o conceito de desvio de função, sua ocorrência na esfera da administração. A intenção é demonstrar que a prática do desvio de função importa em uma conduta ilegal e, portanto, traz consequências para a Administração Pública. Verificaremos como se comporta o Poder Judiciário quando se depara com essas situações de colocação do servidor público em desvio. Os direitos do servidor público colocado em desvio de função e as consequências para a administração. Responsabilidade civil e administrativa do superior hierárquico pelo cometimento de desvio de função.

Palavras-chaves: Administração Publica. Ingresso o serviço Público. Concurso. Servidor Público. Desvio de função. Consequências do desvio de função. Responsabilidade civil da administração pública. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1. A Administração Publica. 2. Ingresso no serviço público. 3. Agente Público. 4. Desvio de função. 5. Consequências do Desvio de função. 6. Responsabilidade da chefia. 7. Jurisprudência. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda o desvio de função do servidor público, de que forma se opera, o conceito de desvio de função e as consequências administrativas e jurídicas de tal instituto. Demonstraremos que o desvio de função é um fenômeno que atinge toda a Administração Pública e de que forma tal ilicitude vem sendo solucionada.

Com o intuito de situar o leitor abordaremos de que forma se dá o ingresso do servidor público na esfera da Administração, o conceito de agente público, agente político e de servidor público.

Observaremos quais as implicações o instituto do desvio de função acarreta para a administração pública e que efeitos ele traz para o servidor público, dentre elas a condenação judicial da administração pública ao pagamento de indenização aos que foram desviados de função.

Esclareceremos de que forma o desvio de função é comprovado quando a questão se torna judicializada, vez que se trata de matéria fática, dependendo de comprovação por parte daquele que alega.

Para tanto, serão abordadas as formas de prova admitidas em direito em relação ao desvio de função, os pedidos que costumam ser formulados pelos servidores desviados quando do ingresso de ações judiciais e de que forma o Poder Judiciário vem examinando tal questão quando se depara com tal situação.

Por fim, elencaremos alguns precedentes judiciais, examinando casos concretos que digam respeito ao desvio de função e os fundamentos jurídicos debatidos em tais casos, sobretudo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e a possibilidade de a chefia responder administrativamente pelo cometimento de desvio de função do servidor a ela subordinado.

1.INGRESSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para compreendermos em que contexto a pessoa passa a ser denominada de servidor público, devemos observar a regra que disciplina este tema.

A regra para qualquer cidadão ingressar na Administração Pública é por meio do concurso público, forma de seleção da pessoa mais qualificada a exercer determinada função junto à Administração.

Deve ser registrado que a Constituição Federal de 1988, no art. 37, inciso I¹, assegura a todos indistintamente acesso ao serviço público, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Não podemos deixar de registrar que há outras formas de ingresso no serviço público, que, muito embora não sejam revestidas das mesmas prerrogativas que informam a relação daquele aprovado em concurso público, possuem também uma disciplina legal e, conseqüentemente conferem o título de servidor público.

Como vimos, a regra de ingresso no serviço público é por meio de Concurso público, esse ingresso na administração também pode se dar por meio de contratação temporária ou por meio de nomeação para ocupar cargo comissionado.

Nesses termos merece menção o entendimento esposado pelo doutrinador Marçal Justen Filho²:

[...] Sujeita a regime de direito público peculiar: O cargo público se sujeita a um regime jurídico de direito público peculiar, que envolve inúmeras

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

garantias, poderes e limitações, que não encontram equivalente no regime de direito privado.

1. AGENTE PÚBLICO

O termo agente público é gênero em que servidor público é espécie, ou seja, busca por meio dessa expressão designar de forma distinta e genérica os sujeitos que exercem funções públicas e que estabelecem com a Administração Pública uma relação jurídica.

A professora Maria Sylvia Di Pietro³ nos apresenta um ótimo conceito de agente público: “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

De uma simples leitura do conceito apresentado pela professora Di Pietro podemos extrair as seguintes conclusões: agente público é pessoa física, o que exclui as pessoas jurídicas.

Em verdade os denominados agentes públicos servirão à Administração Pública como instrumentos de sua vontade ou ação, ou seja, o que podemos extrair dessa assertiva é que a relação, o vínculo que se estabelece entre o agente público e a Administração não é de caráter contratual, a manifestação de vontade do agente público é a própria vontade do Estado, donde se conclui a relevância do agente público perante a Administração Pública e toda a coletividade.

No conceito de agentes públicos incluem-se os trabalhadores que integram o aparelho estatal, seja da administração direta ou indireta, os que atuam em parceria com o Poder Público, quais sejam: particulares que exercem função pública como, por exemplo, os delegatários, permissionários e concessionários, os que, por força de Lei, atuam como mesário na eleição, os jurados, os gestores de negócios públicos, enfim, todo aquele que de alguma forma estabelecer uma relação com a Administração Pública e, em razão disso, desempenhar função pública enquadra-se no conceito de agente público.

³ PIETRO. Maria Sylvia Zanella Di. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. 3ª ed., São Paulo. 2015.

Os agentes públicos, como já destacado é gênero e, dependendo da doutrina adotada podemos ter diversas classificações.

A professora Fernanda Marinela⁴ assevera que o gênero agente público comporta duas espécies: agente político e servidor público.

De acordo com a Constituição de 1988, alterada pela Emenda Constitucional nº 18/1998, podemos afirmar a existência de quatro categorias de agentes públicos: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) militares e d) particulares em colaboração com o Poder Público.

Para o presente trabalho dedicaremos atenção aos servidores públicos, no entanto, registraremos para o leitor o conceito das espécies de agentes público e as subespécies ou subcategorias.

2.1 AGENTE POLÍTICO

O conceito de agente político guarda grande controvérsia, havendo doutrinador que apresente um conceito amplo e outros que apresentem um conceito estrito.

Um adepto do conceito amplo é o doutrinador Hely Lopes Meirelles⁵:

[...] agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

⁴ MARINELA. Fernanda. *Servidores Públicos*. 4ª ed. Impetus. 2010.

⁵ MEIRELLES. Hely Lopes.; AZEVEDO. Eurico de Andrade.; ALEIXO. Delcio Balestero.; FILHO. Jose Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. rev. e atual. Malheiros, São Paulo. 1997.

De acordo com o conceito adotado por Hely Lopes podemos citar como exemplo de agentes políticos os chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), os membros das Casas Legislativas (Senadores, Deputados e vereadores), membros do Poder Judiciário (magistrados) membros do Ministério Público (Procuradores e Promotores) etc. A professora Odete Medauar⁶ também é adepta do conceito amplo de agente político.

Por outro lado, há quem defenda um conceito restritivo em que os agentes políticos são entendidos como aqueles que ocupam local de destaque na estrutura estatal, responsáveis pelas decisões políticas fundamentais do Estado.

São defensores do conceito restritivo José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Marçal Justen Filho e Rafael Carvalho Rezende Oliveira.

Segundo às lições da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷: Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na conceituação dos agentes políticos.

Portanto, do conceito apresentado pelo doutrinador Hely Lopes podemos afirmar que agente político é aquele que constitui a vontade superior do Estado, agentes políticos os titulares de cargos estruturais à organização política do país, integrando o arcabouço constitucional do Estado, formando a estrutura fundamental do Poder.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ apresenta um conceito para agentes políticos:

Agentes políticos são titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado.

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

⁷ Ibid. pág.3

⁸ MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed., São Paulo, pág. 251

Como restou exemplificado linhas acima, incluem-se no conceito amplo de agente político os chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos e os membros do Poder Legislativo, devendo ser ressaltado que o vínculo jurídico deles decorre não de uma relação contratual e sim de escolha popular, através de regular processo de eleição, com exceção daqueles que atuaram como auxiliares imediatos dos chefes do Poder Executivo, posto que a escolha desses auxiliares é ato discricionário do chefe do executivo.

O professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁹, adepto do conceito restritivo de agente político aponta as seguintes características:

- a) o acesso ao cargo político ocorre por meio de eleição (ex. chefes do Executivo) ou pela nomeação por agentes eleitos para ocuparem cargos em comissão (ex. Ministros e Secretários estaduais e municipais);
- b) a função política possui caráter transitório, tendo em vista o princípio republicano, e será exercida por prazo determinado (mandato); e
- c) as decisões políticas fundamentais de Estado, caracterizadoras da função política, envolvem, primordialmente, a alocação de recursos orçamentárias e o atendimento prioritário de determinados direitos fundamentais.

A relevância nessa distinção entre conceito amplo e conceito restritivo tem repercussão prática, podendo ser citado a título de exemplo os seguintes casos¹⁰:

- a) o STF assentou a inaplicabilidade da Súmula Vinculante 13, que veda o nepotismo na Administração Pública, aos agentes políticos;
- b) controvérsias sobre a aplicabilidade da Lei 8.429/1992 a determinados agentes políticos, que cometem atos de improbidade caracterizados como crimes de responsabilidade.

⁹ OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. Gen Método. São Paulo. 2015.

¹⁰ idem

Para demonstrarmos a divisão existente na doutrina no que diz respeito à natureza jurídica do vínculo dos magistrados e membros do Ministério Público, trazemos à colação decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que tratou os magistrados como agentes políticos, in verbis:¹¹

EMENTA - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. **Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais**, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 228977, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)

3. SERVIDORES PÚBLICOS

Superada a controvérsia acerca da conceituação do agente político, passemos ao conceito de servidor público.

Servidor Público pode ser entendido como pessoa física, que, mediante a aprovação em concurso público, estabelece com a Administração vínculo de natureza profissional e de caráter não eventual, sob a dependência de determinada pessoa jurídica integrante da administração direta ou indireta.

Merece destaque conceito de servidor público apresentado pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²:

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228977. Relator Néri da Silveira. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 02 set. 2016.

¹² PIETRO. op. cit., p.05

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

A relação do servidor com a Administração Pública é disciplinada por meio de um regime próprio, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil.

É servidor público o estatutário, o empregado público e os servidores temporários.

O servidor público estatutário está sujeito a um estatuto e ocupa cargo público, já, o empregado público estabelece com a Administração Indireta uma relação contratual sob o regime da legislação trabalhista e ocupa emprego público e, por fim, o servidor temporário é contratado por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, exercendo função sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Essa espécie de contratação temporária é prevista no art. 37, IX, da Constituição.¹³

Considerando que o presente trabalho científico abordará a ocorrência de desvio de função de servidor público, dedicaremos as próximas linhas para os servidores estatutários, deixando registrado que o empregado público e o servidor público temporário também podem sofrer desvio de função, sendo que em relação ao empregado público a questão envolvendo essa ilegalidade é apreciada pela Justiça do Trabalho, enquanto que em relação aos demais, servidor público estatutário e temporário, é de competência da Justiça Estadual, varas de fazenda pública, se o vínculo for com a Administração Pública estadual e Justiça Federal se o servidor for vinculado à Administração Federal.

Examinaremos o desvio de função do servidor público estatutário, seja ele vinculado à Administração estadual, seja à federal.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

Sabemos que a Administração Pública deve observar os princípios previstos expressamente na Constituição da República de 1988, art. 37, caput¹⁴ e tais princípios visam assegurar o bom desempenho da própria administração por meio da atuação de seus agentes públicos que, como vimos, são a própria vontade da administração.

Assim, com base no princípio da legalidade, o servidor público, antes de ingressar no cargo para o qual prestou concurso, sabe de antemão quais as atribuições que irá desempenhar no exercício da função para a qual concorreu.

Em regra os Editais dos concursos públicos trazem em seu texto as atribuições genéricas de cada cargo, a escolaridade, o vencimento e indicam, por vezes, a Lei que regulamenta aquele determinado cargo.

Considerando o nosso ordenamento constitucional a pessoa será ocupante de cargo público após a submissão a concurso público, devendo ressalvado às hipóteses em que a Lei autoriza o provimento de cargo público por meio de comissão ou contratação temporária, não podendo, num ou noutro caso, ingressar em cargo distinto ou exercer funções distintas daquelas que dizem respeito ao cargo para o qual concorreu.

O art. 37, §2º, da CRFB/88, estabelece expressamente que a violação à exigência de concurso público resulta na nulidade do ato, este ato pode ser o de nomeação, no caso de cargo público, ou de celebração de contrato no caso de emprego público.

Essa parte introdutória se faz necessária para que o leitor compreenda que um servidor desviado de função jamais poderá ser reenquadrado em cargo distinto daquele para o qual prestou concurso, ainda que exerça as funções de outro cargo.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ em sua obra doutrinária apresenta a definição de cargos:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei [...]

A lei 8112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, traz, no art. 3º, conceito de cargo público nos seguintes termos: “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.”

As atribuições de um cargo público, seja na esfera Federal, Estadual ou Municipal estão todas descritas na Lei, vez que cargo público só pode ser criado por lei e esta lei deve disciplinar o regramento do cargo criado.

No entanto, em que pese as regras previstas na Constituição e na legislação infralegal é comum a Administração Pública ser demandada por ter permitido que um ou vários servidores exercessem atribuições distintas daquelas previstas para o cargo que efetivamente ocupam.

A nomenclatura empregada para explicar a irregularidade perpetrada pela administração ao permitir ou incentivar servidor a praticar atribuições distintas daquelas previstas para seu cargo não é aleatória, sendo muito comum haver uma certa confusão entre as expressões função e cargo.

Para espancar quaisquer dúvidas merece destaque a explanação formulada por Odete Medauar¹⁶ de função pública, vejamos:

A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. Portanto, nem toda a função pública implica exercício de cargo.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. ed. Malheiros. p. 251. São Paulo. 2009.

¹⁶ idem

De uma simples leitura da conceituação apresentada pela professora Odete Medauar podemos extrair a seguinte conclusão: não é necessário a existência do cargo para que haja o desvio de função, este pode ocorrer existindo ou não o cargo, o que importa para o reconhecimento do desvio de função é a atividade exercida pelo servidor.

4.DESVIO DE FUNÇÃO

O desvio de função se configura quando o gestor ou superior hierárquico permite ou determina que servidor ocupante de determinado cargo e com atribuições específicas descritas geralmente na Lei desempenhe as atribuições de outro cargo, diverso daquele para o qual prestou concurso.

O desvio de função se configura quando o servidor, de forma habitual e não eventual, exerce funções distintas, em regra, as funções de outro cargo.

Geralmente o servidor desviado de função é colocado em cargo com atribuições mais complexas e que exigem uma formação acadêmica superior àquela do seu cargo de origem.

A colocação de um servidor em desvio de função não viola apenas o princípio da legalidade, mas, também, o princípio da eficiência, pois, como afirmamos, é comum ser desviado o servidor que não é detentor da habilitação adequada e, apesar disso, passa a desempenhar as atribuições de um cargo que exige nível de formação superior.

Nos casos em que se opera o desvio de função percebemos a prática de ato administrativo dotado de imoralidade, o que também configura uma violação direta ao art. 37, caput, da CRFB/88.

Interessante destacar que em âmbito federal há vedação expressa quanto à prática de desvio de função, é o que preceitua o art. 117, inciso XVII da Lei 8.112/90:¹⁷

¹⁷ Art. 117, inciso XVII, da lei 8112/90

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

Como podemos verificar, o desvio de função não é algo incomum ou esporádico, pois, se assim fosse, não teria o legislador se preocupado em elaborar texto expresso vedando tal prática. Mas, apesar disso, ainda é possível encontrarmos na prática diversos casos em que servidores, seja eles da esfera federal, estadual ou municipal, são colocados em desvio de função.

Agora que compreendemos o que vem a ser desvio de função, a diferença entre cargo e função, devemos avançar e entender quais as consequências do desvio de função.

5. CONSEQUÊNCIAS DO DESVIO DE FUNÇÃO

O desvio de função se configura em razão da habitualidade e da não eventualidade que o servidor exerce as atribuições inerentes a outro cargo distinto daquele para o qual prestou concurso e foi legitimamente investido.

Assim, apesar de o desvio de função, como visto, configurar prática ilegal, em alguns órgãos da administração pública é possível encontrarmos servidores desempenhando funções que não dizem respeito a seus cargos e para os quais não foram regularmente investidos.

Uma vez configurado o desvio de função o servidor público, vítima de prática ilegal, busca junto ao Poder Judiciário formas de reparação, formulando as seguintes pretensões: pedido de equiparação salarial, reenquadramento funcional e indenização por dano material e moral.

Em razão de estudo já implementado nos primeiros capítulos acerca do ingresso no serviço público, que, hoje, de acordo com a Constituição Federal de 1988, se opera por meio de provas e prova e títulos, mediante a participação em concurso público, entendemos que o pedido de reenquadramento funcional encontra obstáculo insuperável.

Portanto, em que pese esteja o servidor em desvio de função exercendo as atribuições de cargo distinto daquele para o qual prestou concurso, cuja remuneração é superior, é vedado ao Poder Judiciário determinar que a administração pública reenquadre o servidor em cargo distinto daquele para o qual ele obteve aprovação em concurso, vez que a decisão judicial seria inconstitucional, violando diretamente o que determina o art. 37, inciso II.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, vejamos:

[...] O servidor público desviado da função inerente ao cargo para o qual foi investido não tem direito ao reenquadramento, mas deve receber as diferenças remuneratórias." (REsp 130215 RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 15/03/2004, p. 307).

O servidor público desviado de função também costuma buscar junto ao Poder Judiciário isonomia salarial, ou seja, formula pedido com o fim de perceber o mesmo salário e mesmo tratamento que o servidor que ocupa o cargo para o qual foi ele desviado, que, em regra, é sempre superior àquele para o qual prestou concurso público.

Em que pese a injustiça a que está sendo submetido o servidor colocado em desvio de função, entendemos que o Poder Judiciário, em virtude da súmula 339 do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Por fim, o servidor desviado de função em muitas demandas judiciais busca o recebimento de indenização por dano material e por dano moral, em virtude de ter sido instado a exercer funções distintas daquelas previstas para o cargo em que foi investido.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 130215. Relator: Ministro Paulo Medina. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 set. 2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 339. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 set. 2016.

Os pedidos de indenização por dano material e por dano moral nos afigura a medida correta, vez que o servidor não pode ser colocado em desvio de função, desempenhar o trabalho em condições mais complexas e, ao final, não receber a respectiva contraprestação, estaremos diante de verdadeiro enriquecimento sem causa da administração pública.

Os Tribunais, portanto, têm se pronunciado pelo pagamento de indenizações por dano material, as quais correspondem a diferença salarial entre o cargo efetivo do servidor e o cargo para o qual ele foi desviado, competindo, ainda, ao servidor desviado o recebimento de todos os consectários legais, como, por exemplo, décimo terceiro salário, férias, gratificações.

Em relação ao pedido de dano moral, verificamos que a questão ainda encontra resistência do Poder Judiciário, que vem entendendo que o dano moral só se configura em casos de acidente de trabalho, ou seja, quando o servidor desviado de função sofre acidente de trabalho quando em exercício de atribuições de outro cargo.

Nesse sentido as decisões do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. **ACIDENTE DE TRABALHO. DESVIO DE FUNÇÃO.** CONDUTA OMISSIVA. CULPA DEMONSTRADA. **DANO MORAL.** ALTERAR O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. RAZÕES DO REGIMENTAL INSUFICIENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no Ag 1296518/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012)

Cumpramos ressaltar que o servidor público desviado de função só fará jus ao recebimento das diferenças salariais e de eventual dano moral se comprovar durante o curso do processo, que laborou exercendo atribuições distintas daquelas previstas em seu cargo, ou seja, o ônus da prova para o reconhecimento do desvio de função é do servidor público.

Assim, compete ao servidor público desviado de função apresentar prova documental e, até mesmo testemunhal, a fim de que esta corrobore eventual prova documental produzida e confirme o exercício reiterado de atribuições distintas daquela do cargo efetivo assumido pelo servidor desviado de função.

Uma vez comprovada a prática de desvio de função, a administração pública será condenada a pagar ao servidor publicado desviado indenização pelos prejuízos sofridos, que, no caso, corresponde ao pagamento das diferenças salariais e todos os consectários legais referentes ao cargo cujas funções foram efetivamente exercidas.

O tema desvio de função se afigura tão relevante que o Superior Tribunal de Justiça, diante das inúmeras ações judiciais envolvendo o tema, editou súmula sobre o tema²⁰, vejamos:

Súmula 378 – Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.

Relevante destacar que a edição da súmula teve por fundamento diversos precedentes jurisprudenciais, conforme se demonstra a seguir:

[...] a Eg. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que o servidor público desviado de sua função, embora não tenha direito ao enquadramento, faz jus aos vencimentos correspondentes à função que efetivamente desempenhou, sob pena de ocorrer o locupletamento ilícito da Administração." (AgRg no REsp 270047 RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2002, DJ 22/04/2002, p. 231).

[...] extrai-se do acórdão hostilizado que, de fato, a Recorrida laborou em função diversa da qual foi admitida por concurso público, sem que lhe fosse concedida a complementação da remuneração. Entretanto, impende salientar que, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, são devidos ao servidor que trabalhou em desvio de função, à título de indenização, os valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo ocupado e da função efetivamente exercida, sob pena de locupletamento indevido da Administração." (AgRg no REsp 396704 RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 506).

[...] a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, quando há desvio de função do servidor público, é devida a diferença salarial correspondente à função efetivamente desempenhada, sendo inaplicável, no caso, o enunciado

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 378. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJE 05/05/2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 set. 2016.

339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. [...]

Gize-se, em remate, que o Pretório Excelso já fixou entendimento segundo o qual o pagamento das diferenças remuneratórias relativas ao período em que o servidor esteve desempenhando função diversa daquela para o qual foi admitido não viola o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, porque não se está admitindo o enquadramento em novo cargo, mas, sim, evitando-se o locupletamento ilícito por parte da Administração Pública." (AgRg no REsp 439244 RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2004, DJ 15/03/2004, p. 308).

[...] pacífica a orientação do Superior Tribunal no sentido de que o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo por ele formalmente ocupado tem direito a perceber as diferenças remuneratórias porventura existentes, sob pena de locupletamento indevido da administração. [...] De outra parte, é de ver que o direito ao pagamento das diferenças remuneratórias em caso de desvio de função, apesar de não encontrar expressa previsão legal, de há muito vem sendo admitido em sede judicial, a ponto de já estar sedimentada a jurisprudência do Superior Tribunal acerca da matéria. Diante disso, em se tratando de construção jurisprudencial, não há como deixar de reconhecer o dissídio, porquanto o Tribunal de origem, ao negar o direito, destoou do nosso entendimento. Já foi dito que a pretensão do autor não decorre de expressa previsão legal; assim, de nenhuma relevância para o deslinde da causa é a legislação estadual. Assinale-se, ainda, que o Superior Tribunal, repercutindo entendimento do Supremo Tribunal, já decidiu não importar em ofensa à Constituição o pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes do desvio de função. [...] Ainda em relação à pretextada ofensa a texto constitucional, deve-se registrar que o autor, na hipótese, não formulou pedido de reenquadramento - como, aliás, costuma-se fazer em casos que tais -, pretensão que, a teor da nossa jurisprudência, não é autorizada pela Constituição, dada a imprescindibilidade do concurso público." (AgRg no REsp 683423 RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 389).

6. RESPONSABILIDADE DA CHEFIA

Como vimos o desvio de função é tema que vem sendo analisado pelo Poder Judiciário há muitos anos, o qual, inclusive, demandou a edição de súmula pelo Superior Tribunal de Justiça ante a sua prática reiterada pela administração pública.

Portanto, a responsabilidade civil da administração pública em se tratando de desvio de função é reconhecida, vez que, como vimos, colocar ou permitir que servidor exerça atribuições distintas daquelas previstas em seu cargo configura enriquecimento sem causa, conforme previsto no art. 884 do Código Civil²¹.

²¹BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htmLei n. 10406/2002>. Acesso em 02 set. 2016.

No entanto, não encontramos decisões judiciais que tenham apreciado a responsabilização do superior hierárquico pelo desvio de função de seu subordinado, devendo a matéria ser debatida, vez que tal prática, como já visto, é ilegal e acarreta prejuízos ao erário público.

Em que pese a ausência de precedentes judiciais apreciando a responsabilidade da chefia pela prática de desvio de função, verificamos que a administração pública tem tentando evitar que tal ilegalidade se configure.

Como já destacado linhas acima, o art. 117, inciso XVII da Lei 8.112/90, responsabiliza o servidor que cometer a outro servidor atribuições que não estejam ligadas a seu cargo.

No mesmo sentido a Secretária de Fazenda do Estado do Mato Grosso editou portaria²² vedando a prática de desvio de função de servidor ou terceirizado, sob pena de a autoridade responsável ser responsabilizada.

Merecem destaque os artigos 6º e 7º da Portaria editada pelo Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso, a saber:

Art. 6º A autoridade que, tendo conhecimento de caso de desvio de função, nesta secretaria pelo qual seja, direta ou indiretamente, hierarquicamente responsável, deverá apurar imediatamente a ocorrência e tomar as medidas cabíveis ou encaminhar à autoridade superior os dados de que tem ciências para que este tome as providências devidas.

Art. 7º A omissão da apuração prevista no artigo anterior implica em igual responsabilidade de autoridade à qual se impute a abstenção irregular.

A possibilidade de a chefia ser responsabilizada é relevante, pois, em muitos casos, para permanecer ocupando cargo de chefia, o qual acarreta um incremento salarial, se omite, deixando ou permitindo que um servidor hierarquicamente inferior exerça atribuições distintas daquelas que dizem respeito ao seu cargo e, em regra mais complexas, a fim de não ter que se expor.

²² BRASIL. Secretaria de Fazenda do Estado do Mato Grosso. Define sobre o desvio de função de servidor e terceirizado, e dá outras providências. Portaria n. 0166 de 26 ag. 2015. Disponível em <<http://app1.sefaz.mt.gov.br>> . Acesso em 02 set. 2016.

Em regra, o desvio se opera por falta de material humano, sendo, em alguns casos, conveniente para a administração fechar os olhos à ilegalidade, a fim de evitar a realização de novos concursos, o que gera gastos e novas contratações e, ainda, como forma de pagar vencimentos inferiores a quem exerce atribuições mais complexas.

A cultura da ilegalidade, do jeitinho tem que ser superada, pois não faz qualquer sentido o próprio ente público ser agente ativo ou conivente com a prática de ilicitudes como a que ocorre nos casos de desvio de funções.

7. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

No decorrer do presente trabalho científico, chegamos a destacar algumas decisões judiciais que analisaram casos de desvio de função, após exame junto ao acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encontramos casos recentes de desvio de função.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro analisou demanda em que servidores aprovados para o cargo de agente de educação infantil pleitearam pagamento de diferença salarial com o cargo de professor de educação infantil, em virtude de terem sido desviados de função, deixando de exercer na prática as atribuições afetas ao cargo de agente de educação infantil e passando a desempenhar a função de professor.

Examinando os precedentes jurisprudenciais, verificamos a aplicação da Súmula 378 do STJ, que, como vimos, garante ao servidor o recebimento das diferenças salariais, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DAS AUTORAS AO QUAL FOI DADO PROVIMENTO. AUTORAS INVESTIDAS NO CARGO DE AGENTE AUXILIAR DE CRECHE QUE EXERCERAM AS FUNÇÕES DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR N.º 378, DO STJ: *Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.* honorários fixados na forma do § 4º do art. 20, do c.p.c./73 vigente na época do julgamento. nenhum fato novo

desprovimento dos RECURSOS²³

Destacamos, ainda, julgado que reforça a tese por nós esposada de que a comprovação da ocorrência do desvio de função depende de farta comprovação seja por meio de documento e de depoimentos testemunhais. Nesse sentido decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

[...] Conjunto probatório que demonstra verdadeiro desvio de função. Depoimentos de fls. 419/420; 421/422; 423/424 corroboram as alegações de que a parte autora teria desempenhado, por mais de 4 anos, função diversa daquela inerente ao cargo no qual foi investido. Assim, reconhecido o desvio de função, as autoras fazem jus às diferenças salariais decorrentes, de modo a se evitar o locupletamento ilícito do Estado, e em observância dos princípios da legalidade e da moralidade que devem nortear a Administração. Enunciado de Jurisprudência nº378 do Superior Tribunal de Justiça. Parte autora que sucumbiu de parte mínima do pedido. Correção monetária que deve ser fixada de acordo com artigo 1-F da Lei da Lei 9.494/97 índice oficial de remuneração da caderneta de poupança (TR) -, com redação da pela Lei 11.960/09. Isso porque, na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor (R.E 870.947, RG/SE - Sergipe. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. rel. min. Luiz Fux. Julgamento: 16 de Abril de 2015).²⁴

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como marco inicial o texto constitucional, que tem como premissa o Estado Democrático de Direito, o qual instituiu regras claras e objetivas a serem seguidas pela Administração Pública.

O art. 37 da carta Magna elenca diversos princípios, os quais devem nortear o atuar de toda a Administração, seja ela federal, estadual ou municipal, com observância obrigatória.

Vimos que a contratação de servidor público é um dos critérios impostos pela Constituição que não comporta discricionariedade, ou seja, a forma de ingresso na administração, deve se dar por meio de concurso público, permitida as exceções previstas no próprio texto constitucional.

Foi observado que uma vez aprovado no concurso público, nomeado e empossado, a pessoa é identificada como servidor público e passará a atuar externando a vontade estatal, portanto todas as atividades que o servidor passar a desempenhar serão

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível no 0254454-21.2012.8.19.0001. Relatora: Norma Suely. Julgado em 10/03/2016. <<http://www.tj.rj.gov.br>>, acesso em 01/09/2016.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 20ª Câmara Cível. Apelação Cível no 0068052-55.2014.8.19.0001. Relator: Alcides Da Fonseca Neto. Julgado em 01/09/2016. <<http://www.tj.rj.gov.br>>, acesso em 01/09/2016.

reflexos da vontade da própria administração, inclusive aqueles que estejam em desacordo com a Lei, como é o caso da prática do desvio de função.

Demonstramos que o desvio de função é uma anomalia que acomete o exercício da atividade administrativa, o qual deve ser evitado, vez que acarreta prejuízos para o erário, com a responsabilização da administração pública e do próprio agente público que pratica ou se queda inerte, viabilizando a ocorrência do desvio de função.

O estudo empreendido nos mostrou que a administração pública é devidamente responsabilizada, posto que ao permitir que determinado servidor exerça de forma habitual e não eventual as atribuições de outro servidor, cujo cargo é superior, obtém vantagem econômica, pois deixa de remunerar o servidor com o vencimento a que faria jus, é exemplo clássico do enriquecimento sem causa.

A maior complexidade no estudo do desvio de função reside no fato de sua demonstração, o que demanda produção de prova documental e testemunhal, o que foi comprovado através dos julgados recentes mencionados, sendo relevante destacar que a chefia não contribuíra para o alcance da verdade, pois, como visto, está ela sujeita a responsabilização na seara cível e administrativa.

Em que pese a complexidade da comprovação do desvio de função, verificamos que o Poder Judiciário avançou muito, tendo, inclusive a Corte Superior de Justiça editado súmula, a fim de evitar que práticas ilegais como o desvio de função se repitam.

A administração pública é muito crítica em relação à súmula 378, editada pelo STJ e em relação às decisões judiciais que a condenam a ressarcir os prejuízos experimentados pelo servidor desviado, mais, em pese seu inconformismo, o que verificamos da leitura dos julgados colacionados, é, que de fato, sempre haverá locupletação por parte da administração, pois, por vezes, o servidor, por termo reverencial do superior hierárquico, cumpre por anos a fio, atribuições que não possuem relação com seu cargo, deixando de vir ao Judiciário questionar tal ilegalidade.

Viu-se que ao servidor desviado de função, que comprova essa condição, não há possibilidade de reenquadramento, fazendo jus ao recebimento das diferenças em relação aos últimos cinco anos, desde que trabalhados em desvio de função.

O caminho para o servidor é árduo e por mais que a administração pública tente responsabilizar o próprio servidor que trabalhou em desvio de função, é obrigação da chefia e conseqüentemente da própria administração fiscalizar e evitar que anomalias como essas ocorram dentro do âmbito da administração pública.

Deve, portanto, a administração implementar programas, treinar seu pessoal, promover campanhas para que evitem a prática de ilegalidades como é o caso do desvio de função, competindo a ela, inclusive, buscar a responsabilização dos superiores hierárquicos que se omitiram ou agiram de forma a contribuir para a colocação de um servidor em desvio de função.

Uma vez adotadas providências para fortalecimento do material humano dentro das repartições públicas, a ocorrência de desvio de função se não findar definitivamente

terá uma redução considerável e, com isso, evitará o pagamento de indenizações e o reconhecimento da responsabilidade da administração pública.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. Editora Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 20ª Câmara Cível. Apelação Cível no 0068052-55.2014.8.19.0001. Relator: Alcides Da Fonseca Neto. Julgado em 01/09/2016. <<http://www.tj.rj.gov.br/>>, acesso em 01/09/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível no 0254454-21.2012.8.19.0001. Relatora: Norma Suely. Julgado em 10/03/2016. <<http://www.tj.rj.gov.br/>>, acesso em 01/09/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Ver., atual e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Servidores Públicos*. Rio de Janeiro. Impetus.2010.

MEDAUAR. Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

MEIRELLES. Hely Lopes.; AZEVEDO. Eurico de Andrade.; ALEIXO. Delcio Balestero.; FILHO. Jose Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. rev. e atual. Malheiros, São Paulo. 1997.

PIETRO. Maria Silvia Zanella Di. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. 3ª ed., São Paulo. 2015.