RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 03/2021

A **PROCURADORIA JURÍDICA MUNICIPAL**, por seus Advogados ao final subscritos, no uso de suas atribuições, e

CONSIDERANDO o disposto no art. 37 da Constituição Federal:

> 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:
> (...)
> II - **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;

CONSIDERANDO o estabelecido no art. 11 da Lei Municipal nº 34, de 20 de junho de 2018 – Dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores do Município:

> **Art. 11º. A investidura em cargo público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.**
> § 1º O concurso público de que trata o caput deste artigo será realizado conforme a natureza e a complexidade de cada cargo, mediante metodologia que permita avaliar o conhecimento das atribuições do cargo, bem como as habilidades e as atitudes exigidas para o exercício da função.
> **§ 2º Os cargos de provimento em comissão serão criados por lei ou resolução, observada a iniciativa privativa de cada caso, com a definição de competências exclusivamente para os exercícios de chefia, direção e assessoramento.**

CONSIDERANDO que o concurso público é forma de garantir a eficiência dos serviços prestados a sociedade, eis que existe para apurar os agentes de melhor qualificação, que atende os requisitos legais, para exercerem a função pela qual estão capacitados, serão selecionado através de provas, que garante a todos o igual acesso aos cargos públicos, e ao preencherem as exigências serão contratados pela administração pública, portanto, ao atribuir

função diversa de sua área de competência, caracteriza-se desvio de função e consequentemente, gera a nulidade dos atos então praticados, como também a punição dos órgãos públicos, conforme prevê o § 2º do art. 37 da Constituição Federal:

> Art. 37. (...)
> **§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.**

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento através da Súmula Vinculante nº 43 de que:

> *Súmula Vinculante 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.**

CONSIDERANDO que a Súmula nº 685 do Supremo Tribunal Federal prevê a inconstitucionalidade do agente que, em prévia aprovação em concurso público, integre carreira diversa da aprovação, vejamos:

> Súmula 685
> **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.**

CONSIDERANDO que o denominado desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo configura conduta irregular, fere importantes princípios administrativos e pode, inclusive, gerar danos ao erário.

CONSIDERANDO já à primeira vista, que o desvio de função, caso não se trate de situações emergenciais, transitórias e/ou especificamente remuneradas, viola o princípio da legalidade, pois implica em cometer a servidor público atribuições diversas das correspondentes ao cargo do qual ele é titular.

CONSIDERANDO a lição de Helly Lopes Meirelles[1]: *"na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na*

[1] MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

CONSIDERANDO o estatuído no art. 152, da Lei Municipal nº 34, de 20 de junho de 2018, o qual cuidou de estabelecer entre as proibições impostas aos servidores, a de aceitar qualquer designação que caracterize em desvio de função, vejamos:

> **Art. 152. Ao servidor é proibido** qualquer ação ou omissão capaz de comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência do serviço ou causar dano à Administração Pública, especialmente:
> (...)
> **XXIII – aceitar qualquer designação formal ou informal que caracterize desvio de função.**
> §1° Considera-se como desvio de função toda a conduta funcional realizada por servidor em desatendimento às competências de seu cargo.

CONSIDERANDO que se um agente público impõe ao seu subordinado, sem amparo normativo, o exercício de atribuições não autorizadas por lei para serem por esse exercidas, estará ferindo o princípio da legalidade. E, ao cumprir a ordem, de forma consensual, o servidor em desvio de função também afronta-o, porquanto estará desempenhando atividades sem respaldo legal.

CONSIDERANDO que assim agindo, o superior hierárquico, juntamente com o destinatário da ordem ilegal, também deixa de observar o princípio da exigibilidade do concurso público e o princípio da moralidade administrativa.

CONSIDERANDO que ao desrespeitar, entre outros, os princípios da moralidade, da legalidade e da exigência constitucional do concurso público, o desvio de função ora em análise importa na prática de ato de improbidade administrativa prescrito no artigo 11, caput e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, in verbis:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

CONSIDERANDO que a previsão contida nesse inciso se refere ao desvio de finalidade, que decorre da própria violação do princípio da legalidade, prevista no caput.

CONSIDERANDO que o agente público ao praticar o referido ato sujeita-se à aplicação, isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, das penas dispostas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, as quais independem da aplicação de sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

> **Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:**
> (...)
> **III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano**, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

CONSIDERNADO que serão sujeitos ativos o superior hierárquico que determinou o desempenho ilegal das atribuições e o próprio servidor que se sujeitou, consensualmente, ao desvio de função, com o intuito de por meio dele se beneficiar.

CONSIDERANDO que mesmo que o desvio de função não tenha causado nenhum prejuízo material, ainda assim, não exime o servidor beneficiado, nem a seu superior hierárquico, da sujeição às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, em cujo texto é expressamente disposto (art. 21, inciso I) que a aplicação das sanções independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, à evidente exceção da pena de ressarcimento.

> Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
> I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

CONSIDERANDO que se do desvio de função advir qualquer prejuízo ao erário, a conduta do agente ímprobo responsável pela ordem ilegal ensejará, cumulativamente, o ressarcimento dos danos.

CONSIDERANDO que os Tribunais Estaduais tem entendimento consolidado, no sentido de que o desvio de função fica caracterizado a partir do momento em que o servidor exercer atividades incompatíveis com a investidura de seu cargo, conforme cristalina jurisprudência preceitua:

> APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA (SIC). RECURSO (1). BASE DE CÁLCULO PARA APURAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. DIFERENÇAS CORRESPONDENTES AOS PADRÕES QUE, POR FORÇA DE PROGRESSÃO FUNCIONAL, GRADATIVAMENTE A SERVIDORA SE ENQUADRARIA CASO EFETIVAMENTE FOSSE PROFESSORA DE EDUCAÇÃO INFANTIL RESP 1.091.539/AP (REPETITIVO). POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS ENTRE O CARGO OCUPADO PELA AUTORA (ASSISTENTE EM DESENVOLVIMENTO SOCIAL I) E O DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. Recurso (2): **Servidora pública municipal ocupante do cargo de assistente em desenvolvimento social. Desempenho de atividades de professora de educação infantil. Desvio de função configurado. Diferenças salariais devidas.** Aplicação do entendimento consolidado na Súmula nº 378 Superior Tribunal de Justiça. Reflexos legais sobre décimo terceiro salário e férias. Índices aplicáveis aos juros de mora readequados. Honorários advocatícios. Quantum a ser fixado em fase de liquidação de sentença (artigo 85, § 4º, inciso II, do código de processo civil). Recurso 1 conhecido (por maioria) e provido e recurso 2 parcialmente provido. Sentença moficada parcialmente em sede de remessa necessária. (TJPR; ApCiv 0012765-30.2018.8.16.0170; Toledo; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Marcos Sérgio Galliano Daros; Julg. 15/12/2020; DJPR 14/01/2021.

CONSIDERANDO que em 02 de maio de 2020, foi distribuída perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barracão, a Ação Ordinária nº 0000680-07.2020.8.16.0052, proposta pela ex-servidora municipal, a senhora **Juliana Welter**, requerendo o reconhecimento de desvio de função, pelo qual pretende a condenação do município na equiparação salarial; dano e assédio moral; dano moral previdenciário; descontos previdenciários e fiscais; honorários de sucumbência, valorando a causa em **R$ 138.832,72 (cento e trinta e oito mil, oitocentos e trinta e dois reais e setenta e dois centavos)**;

CONSIDERANDO que na mesma data, também foi distribuída perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barracão, a Ação Ordinária nº 0000681-89.2020.8.16.0052, proposta pela servidora municipal, a senhora **Ivanir Ana Rech**, a qual postula pelo reconhecimento de

desvio e acúmulo de função, pelo qual pretende a condenação do município por assédio e dano moral; doença adquirida no trabalho; dano moral previdenciário; descontos previdenciários e fiscais; honorários de sucumbência, valorando a causa em **R$ 174.357,80 (cento e setenta e quatro mil, trezentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos);**

CONSIDERNADO que na data de 28 de julho de 2020, foi distribuída perante a Vara da Fazenda Pública de Barracão, a Reclamatória Trabalhista nº 0001023-03.2020.8.16.0052, tendo por Reclamante a ex-servidora municipal, a senhora **Teresinha Lenir da Silva Quell**, para fins de postular pelo reconhecimento de desvio e acúmulo de função, além do pedido liminar de reintegração e pela condenação em danos morais; licença prêmio não pagas; dano moral previdenciário; correção de adicional de insalubridade; honorários de sucumbência; valorando a causa em **R$ 173.839,52 (cento e setenta e três mil, oitocentos e trinta e nove reais e cinquenta e dois centavos);**

CONSIDERANDO que na data de 20 de fevereiro de 2021, foi distribuída perante a Vara da Fazenda Pública de Barracão, a Ação de Cobrança de Verbas Trabalhistas nº 0000184-41.2021.8.16.0052, tendo por Reclamante o ex-servidor municipal **Irmelio Dore Gonlçalves**, para fins de postular pelo reconhecimento de desvio de função; horas extras; contribuições previdenciárias, valorando a causa em **R$ 30.187,29 (trinta mil cento e oitenta e sete reais e vinte e nove centavos);**

CONSIDERANDO que o município já foi condenado em ação semelhante, proposta pelo servidor **Ademir de Jesus Martins**, perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública, atuada sob o nº 0003929-05.2016.8.16.0052, atualmente em fase de cumprimento de sentença, onde a municipalidade foi condenada ao pagamento do montante de **R$ 63.220,48 (sessenta e três mil, duzentos e vinte reais e quarenta e oito centavos)**, diante do reconhecimento do desvio de função e da realização de atividades em ambiente insalubre.

Resolve **RECOMENDAR**

I – Ao Prefeito Municipal, a quem compete privativamente, na forma do art. 63, inc. XXV, da Lei Orgânica Municipal, prover os cargos do quadro de servidores, bem como, promover a lotação de servidores públicos em suas referidas funções, sob pena de responsabilização nos termos da Lei, a adoção de todas as providências que se fizerem necessárias, a contar do protocolo desta Recomendação, para que, em cumprimento às disposições legais mencionadas e em vista das circunstâncias apontadas, **ABSTENHA-SE DE DESIGNAR SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO OU EXERCENTE DE CARGO EM**

COMISSÃO COM ATRIBUIÇÕES DIVERSAS AS ESTABELECIDAS EM LEI, SOBRE OS RESPECTIVOS CARGOS.

II – A digitalização e inserção desta Recomendação no Portal da Transparência do Órgão Municipal, a fim de dar publicidade, permitindo deste modo o seu conhecimento e fiscalização pelos próprios agentes públicos, além do controle pela população.

III – Assevera-se que a inobservância desta Recomendação, sem justificativas formais, afrontará os princípios norteadores da Administração Pública, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, além de configurar, em tese, ato de improbidade administrativa.

Salgado Filho-Pr, em 04 de maio de 2021.

DIOGO WILLIAN LIKES PASTRE:05237365922 Digitally signed by DIOGO WILLIAN LIKES PASTRE:05237365922 Date: 2021.05.04 08:29:26 -03'00'

DIOGO WILLIAN LIKES PASTRE
OAB/PR nº 45.334

EDY CARLOS CHIELE Assinado de forma digital por EDY CARLOS CHIELE Dados: 2021.05.04 10:12:00 -03'00'

EDY CARLOS CHIELE
OAB/PR nº 69.570

Pref. Municipal Salgado Filho - Pr
Protocolo Nº 162
Data 04 / 05 / 2021
Ass. Daiane B. Da Silva Bode