DECISÃO ADMINISTRATIVA

Procedimento Administrativo.

Portaria n. 11.356 de 20 de fevereiro de 2018.

Autuação: 20 de fevereiro de 2018.

Objetivo: Apuração dos fatos do requerimento constante no ofício nº 542/2018, ODV-OC encaminhado a Prefeitura Municipal de Andirá pela Ouvidoria de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, onde solicita esclarecimentos pertinentes ao suposto desvio de função de motoristas do transporte escolar.

COMISSÃO DE SINDICÂNCIA:

ROSILENE MARQUES FERNANDES FARINHA (PRESIDENTE).

ANA HELENA DE CAMPOS BERNARDINI (SECRETÁRIA).

JANE TERESA NOBILE MIGUEL (MEMBRO).

DOS FATOS:

Foi instaurada a presente comissão processante de Procedimento Administrativo com o objetivo de apuração dos fatos relativos à solicitação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, a respeito de suposto desvio de função de motoristas do transporte escolar.

Segundo entendimento da comissão, a mesma em análise da documentação ora juntada, deu parecer no sentido de que não

ocorreu desvio de função. Constataram que foram realizados concurso público antes de 2000, não fazendo distinção quanto ao cargo de motorista. Não existia naquela ocasião motorista específico de educação, de saúde, ou de qualquer outro setor.

Consideraram que os motoristas eram contratados e lotados nas secretarias onde iriam exercer suas atividades. Portanto, consideraram não existir qualquer desvio de função, pois afirmaram que os citados funcionários fizeram e foram aprovados em concurso públicos para motorista, na década de 1990.

Ademais, afirmaram que não existe razão de ser do questionamento do Tribunal de Contas do Estado em relação a esta situação, concluindo pela não ocorrência do desvio de função questionado.

Juntaram-se documentos, foram ouvidas testemunhas no prestente procedimento.

Diante da documentação encartada, considerou que não ocorreu desvio de função dos funcionários WALDEMAR TRAVALINI, AUGUSTO ÂNGELO E COMERCINDO JOSÉ DOS SANTOS FILHO.

Nesse contexto a comissão após deliberação, apresentou relatório conclusivo acerca dos fatos, sugerindo a não ocorrência do desvio de função questionado.

É o relatório, de forma sucinta.

Passo a decidir.

DA FUNDAMENTAÇÃO:

O relatório apresentado pela comissão é no sentido de não reconhecer o desvio de função dos funcionários indicados.

Nossa doutrina nos revela que o desvio de função é prática comum no cotidiano da administração pública que gera inúmeras ações judiciais, nas quais os servidores pleiteiam o enquadramento no cargo cujas funções vêm exercendo, além de requerer o pagamento da remuneração correspondente.

A questão está na análise do artigo 37, II da CF de 1988, que exige a prévia aprovação em concurso público para o acesso a qualquer cargo ou emprego público, salvo para os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Emenda Constitucional n. 19 de 1998).

O concurso público garante a igualdade de condições entre os demais concorrentes.

São inconstitucionais, portanto, os concursos internos e ascensões funcionais, em que pessoas admitidas para cargos básicos da administração pública são investidos em cargos mais elevados após realização de seleção internas ou mera apresentação de diploma de nível superior.

Alexandre de Moraes esclarece:

"A Constituição Federal é intransigente em relação à imposição da efetividade do princípio constitucional do concurso público, como segura a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quando seu afastamento fraudulento por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daqueles para o qual foi originariamente admitido."

Nesse sentido é a súmula 685, do STF. 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.

A adoção do critério do concurso público para o ingresso no serviço público não só permite que sejam escolhidos para ocupar o cargo ou emprego aqueles com melhores qualificações, mas, especificamente, faz valer os princípios constitucionais da igualdade, da impessoalidade e da moralidade.

Encontramos em nossa doutrina pátria:

A doutrina pátria nos revela:
O desvio de função é prática lamentável que deve ser eliminada do serviço público. Entretanto, enquanto ela permanece, faz-se necessário verificar se ele gera algum direito ao servidor.

A Constituição Federal veda o acesso a qualquer cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso. Por conseguinte, o servidor que exerce suas atividades em desvio de função não tem direito à investidura no novo cargo e nem mesmo direito a receber a remuneração do cargo que vem exercendo em desvio de função.

Essa tese em acolhida no Judiciário:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DESVIO DE FUNÇÃO. RECEBIMENTO DE DIFERENÇA REMUNERATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS."

1.A investidura em cargo público efetivo, após a Constituição Federal de 1988,apenas é possível através de concurso, devendo o servidor exercer as funções inerentes ao cargo para o qual foi admitido.

2.É vedado o desvio de função (art. 117, inciso XVII, Lei n. 8.112-90), sendo direito dos servidores retornar às atribuições de seu cargo.

3.Aos servidores é devida, tão somente, a percepção dos vencimentos do cargo para o qual foram admitidos, ainda que, de forma errônea, tenham a correção de uma anomalia pela prática de outra, em detrimento do interesse público.

4.A administração pública está adstrita ao princípio da legalidade. Inexistindo previsão legal de pagamento de vencimentos, diferenciados em caso de desvio de função, esta a mesma impossibilitada de assim proceder.

5.Mesmo ocorrendo o exercício de atribuições de cargo de nível superior, a remuneração dos servidores de nível médio de acordo com aquele representaria burla ao princípio da investidura mediante concurso público.

6.Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

7.Apelação do autor improvida e apelação da União e remessa oficial providas (AC 298.153, unânime, QUARTA TURMA, Relator Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES DJU, 03.02.2004, PÁG. 261).

“ADMINISTRAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇA SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE.PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- O servidor público só tem direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal.
- o desvio de função não gera direito ao pagamento de diferença salarial.
-apelação e remessa oficial a que se dá provimento.”

(AC – Apelação Cível n. 372.817-PB, TERCEIRA TURMA, unânime, Relator Desembargador Federal RIDALVO COSTA, j. 15.03.2007.DJU, 21.06.2007, pág. 1391).

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DESVIO DE FUNÇÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1.A investidura em cargo público efetivo, após a Constituição Federal de 1988, apenas é possível através de concurso público, devendo o servidor exercer as funções inerentes ao cargo para o qual foi admitido, sendo vedado o desviio de função;

2.Ao servidor é devida, tão somente, a percepção dos vencimentos do cargo para o qual foi admitido, ainda que, de forma errônea, tenha exercido temporariamente outras atribuições. É inadmissível a correção de uma anomalia pela prática de outra, em detrimento do interesse público;

3-Permitir que a administração pague ao servidor a diferença de retribuição entre o cargo genuíno e aquele que de fato exerceu, significa macular a proibição constitucional, sendo certo, mais, que, no caso dos autos, o desvio se deu em proveito do servidor;

4-Apelação e remessa oficial providas." (APELAÇÃO-REEXAME NECESSÁRIO 24659, TRFS, Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Cesar Carvalho DJE-Data: 03-07-2014, página 182)."

Da apuração de desvio de função dos servidores pela administração:

Assim, acerca do desvio de função dos servidores, o entendimento jurisprudencial nos revela:

Da mesma forma, temos os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

"TJ-MG REEXAME NECESSÁRIO cv. REEX. 10411130007171102-MG (TJ-MG).

Data de Publicação: 02.07.2015.

EMENTA. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR. DESVIO DE FUNÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONDUÇÃO AO CARGO DE ORIGEM. *Quando o servidor é designado para desempenhar de forma não excepcional não transitória e–ou sem contraprestação específica atividade diversas àquelas inseridas no rol legal das atribuições do cargo efetivo para o qual foi provido, resta configurado o desvio de função. Caracterizando o desvio de função, tem o servidor público o direito de recondução ao cargo de origem."*

*"**TRT -3- RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA RO 199020700477-2007.014.033.00-6 (TRT-3).***

Data de publicação: 29-03-2008.

Ementa: *Servidor Público. Designação para o exercício de cargo diverso daquele para o qual foi contratado. Recondução ao cargo*

de origem. Legalidade ao consagrar a Constituição Federal de 1988 o princípio da moralidade administrativa dentre outros restou abolida toda e qualquer possibilidade de investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público, excepcionando-se apenas os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (artigo 37, inciso II, da Carta Magna). A nulidade decorrente de inobservância do preceito constitucional em epígrafe é absoluta com privações total dos efeitos que poderiam decorrer de ato jurídico e contaminado. O mesmo ocorre com o ato administrativo que designar um servidor para o exercício de cargo diverso daquele para o qual foi ele nomeado (ressalvados os cargos em comissão declarados de livre nomeação e exoneração). Se a contratação do reclamante deu-se antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, para o exercício do cargo de auxiliar de serviços ou gari, o ato de designação para o exercício de cargo de encarregado em 1994 é nulo, sendo irrelevante o fato de ter laborado por 12 anos no exercício desse cargo. Assim, não há de se falar em ilegalidade do ato administrativo que determinou o retorno ao cargo de origem – gari – procedendo, quando da instituição de novo plano de carreira, ao reenquadramento correspondente a esse cargo e não aquele correspondente ao cargo de encarregado exercendo em face de um ato eivado de nulidade."

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência menciona que em relação ao funcionário não pode ocorrer desvio de função de cargo diverso do aprovado em concurso público.

CONCLUSÃO:

Isto posto, e tudo mais que do procedimento administrativo, consta a decisão é no sentido de **reconhecer** o desvio de função dos servidores WALDEMAR TRAVALINI, AUGUSTO ÂNGELO E COMERCINDO JOSÉ DOS SANTOS e retorná-los ao cargo de origem, qual seja, aquele que lograram aprovação em concurso público, de MOTORISTA.

Com relação a eventuais diferenças salariais, vislumbro em primeiro plano que inexistem. Ficando a critério dos servidores a faculdade de ingressar judicialmente caso entendam devidas eventuais diferenças. Com relação de diferenças em favor do Município, deverá ser encaminhada para o departamento de recursos humanos e da administração, para averiguar a existência de diferença em favor do Município e caso existam, seja informada para que O município tomar as medidas judiciais cabíveis, se for o caso.

Desta forma, a decisão é no sentido de determinar o retorno dos servidores **WALDEMAR TRAVALINI, AUGUSTO ÂNGELO E COMERCINDO JOSÉ DOS SANTOS FILHO,** aos cargos que foram aprovados em concurso público, de MOTORISTA.

De todo o decidido seja dado ciência aos servidores WALDEMAR TRAVALINI, AUGUSTO ÂNGELO E COMERCINDO JOSÉ DOS SANTOS FILHO.

Seja dada ciência, ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná, acerca da presente decisão.

Ressalto, por fim, o zelo e excelente trabalho realizado pela comissão especial de sindicância, rendendo aos seus membros minhas homenagens.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Cumpra-se.

Paço Municipal Bráulio Barbosa Ferraz, 75º da Emancipação Política.

Andirá (PR), 15 de maio de 2018.

IONE ELISABETH ALVES ABIB
PREFEITA MUNICIPAL DE ANDIRÁ