



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002859

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000762-18.2024.8.26.0144, da Comarca de Conchal, em que é apelante VANDA APARECIDA MARCHEZINI BENEDITO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICÍPIO DE CONCHAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso para anular a r. sentença, com determinação. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS E MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

TANIA AHUALLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1000762-18.2024.8.26.0144

Apelante: VANDA APARECIDA MARCHEZINI BENEDITO

Apelado: MUNICÍPIO DE CONCHAL

Comarca: Vara Única do Foro de Conchal

Juiz prolator: Dr. Raphaello Alonso Gomes Cavalcanti

Voto nº 10827

APELAÇÃO CÍVEL – Ação de correção salarial e alteração de nomenclatura de cargo por desvio de função – Servidora pública municipal contratada como auxiliar de desenvolvimento infantil alega realizar atividades de professora de educação infantil – Sentença de improcedência, que negou a produção de prova testemunhal, considerando suficientes os documentos dos autos – Impossibilidade de reenquadramento funcional - art. 37, II, da Constituição Federal - Súmula Vinculante 37 do STF – Insurgência da autora – Necessidade de prova testemunhal para verificar ocorrência de desvio de função e eventual direito ao recebimento da diferença de vencimentos durante o período em que o desvio teria ocorrido – Cerceamento de defesa – Precedente desta C. Câmara - Sentença anulada – **Recurso provido**

Trata-se de apelação cível interposta por **VANDA APARECIDA MARCHEZINI BENEDITO** em face da r. sentença de fls. 186/192 em ação de correção salarial e alteração de nomenclatura de cargo por desvio de função ajuizada contra **MUNICÍPIO DE CONCHAL**, que julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que: “o eventual direito de receber as diferenças salariais depende de comprovação cabal e plena do fato afirmado, ou seja, do efetivo exercício de funções correspondentes a cargo diverso e com remuneração superior. É indispensável, portanto, que o servidor tenha sido enquadrado (de fato) nas funções do outro cargo, exercendo em sua plenitude as atividades a ele inerentes. (...) No caso em tela, em que pese o sustentando pela parte autora, entendo que não há nos autos prova contundente que indique que a parte autora tenha efetivamente exercido, de forma reiterada e constante, atividades inerentes e exclusivas de magistério. (...) Nessas circunstâncias, como já mencionado, a prova testemunhal não seria

suficiente para a comprovação de suas alegações. (...) Desse modo, considerando-se a prova dos autos, não tendo a requerente logrado provar o fato constitutivo do seu direito, a improcedência é medida que se impõe.”.

Apela a autora às fls. 195/204. Alega nulidade da sentença em virtude do cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da prova testemunhal e julgamento antecipado do mérito. Aduz que o juízo *a quo* fundamentou que a autora não teria se desincumbido do ônus probatório, mas não permitiu que ela realizasse a prova testemunhal requerida. Defende, portanto, a imprescindibilidade dessa prova para comprovação do desvio de função alegado, e no mérito, que exerce as atribuições de professora de forma “habitual, reiterada, assídua e exclusiva”. Assim, requer seja declarada a nulidade da r. sentença e a determinação de realização de prova oral, ou, subsidiariamente, a procedência da ação para condenar a parte adversa ao pagamento da diferença salarial entre as funções, além de indenização por danos morais.

Contrarrazões às fls. 210/229.

Recurso tempestivo.

Preparo não recolhido, ante o deferimento da justiça gratuita (fl. 62)

É o relatório.

A apelante é servidora pública do Município de Conchal contratada como “auxiliar de desenvolvimento infantil”, mas alega exercer atividade de professora, o que caracterizaria desvio de função. De acordo com a inicial, a apelante exerceria todas as atividades de competência da professora de educação infantil, sendo, inclusive, a pessoa responsável pela sala de aula a todo tempo, visto a inexistência de professora encarregada de sua turma.

Assim, a apelante aduz exercer atividades para além daquelas previstas em seu contrato e no edital do concurso prestado, sendo responsável, inclusive, pelo processo de alfabetização das crianças, uma vez que as auxiliares de desenvolvimento infantil são as únicas profissionais em sala de aula.

Vale ressaltar que pelo fato de a apelante ter sido aprovada em

concurso diverso do concurso de magistério, está correto o entendimento do d. Magistrado de que a equiparação de funções é inadmissível por afrontar diretamente o art. 37, II, da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 37 do STF.

A apuração acerca do eventual desvio de função tem, portanto, o objetivo de permitir a discussão sobre uma possível condenação do Município ao pagamento da diferença salarial pelo período que a apelante exerceu a função de professora de educação infantil.

Assim já julgou essa c. Câmara.

PRESCRIÇÃO – Inocorrência – Exoneração e remoção das co-apeladas que ocorreu em momento posterior à propositura da presente demanda – Direito de ação preservado, observando-se, todavia, a prescrição quinquenal – Preliminar prejudicial de mérito afastada. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – Ação declaratória c.c. condenatória – Servidoras públicas da Municipalidade de Mauá - Desvio de função – Auxiliares de desenvolvimento infantil que exerceram o cargo de Professor I – Educação infantil – Comprovação dos fatos alegados - Diferenças remuneratórias devidas, observada a prescrição quinquenal – Entendimento sedimentado na Súmula 378 do C. STJ - Vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública – Juros e correção monetária a serem apurados em liquidação, pelos índices vigentes à época da execução de sentença – R. sentença mantida – Recursos desprovidos, com observação. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0007037-58.2010.8.26.0348; Relator (a): Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Mauá - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/05/2023; Data de Registro: 22/05/2023)

Dessa forma, o que se discute no presente recurso é a ocorrência ou

não do cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado do mérito.

Na petição inicial, a apelante apresentou como prova documental seu diploma em pedagogia, o edital do concurso de auxiliar de desenvolvimento infantil e seu demonstrativo de pagamento de salário, requerendo a produção de prova pericial com depoimento pessoal e oitiva de testemunhas para que se comprovasse o desvio de função.

Contudo, a r. sentença considerou desnecessária a produção dessas provas e partiu para o julgamento antecipado de mérito, baseado nas provas documentais, conforme o art. 355, I e II, do CPC.

Na sequência afirmou que:

“No caso em tela, em que pese o sustentando pela parte autora, entendo que não há nos autos prova contundente que indique que a parte autora tenha efetivamente exercido, de forma reiterada e constante, atividades inerentes e exclusivas de magistério.

Em relação ao ônus probatório, cumpria à parte autora comprovar os fatos constitutivos do seu direito postulado, na forma preconizada pelo artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o que não se verificou”

Entretanto, a produção de prova testemunhal indeferida possui caráter probatório essencial no caso em tela. É evidente que nos documentos apresentados a descrição das funções da apelante e seu salário corresponderão ao de uma assistente de educação infantil, diferenciando-se da descrição da vaga de professora juntada aos autos pelo réu. O desvio de função ocorre justamente pela não correspondência das atividades previstas nos documentos com aquelas, de fato, exercidas pela apelante no seu cotidiano profissional.

Assim, verifica-se necessária a realização de prova testemunhal como forma de apurar a realidade dos fatos narrados na exordial, estando justificado o requerimento por instrução probatória.

Desse modo, o indeferimento da produção dessas provas, requerida tempestivamente, juntamente com a alegação de que a apelante não se desincumbiu de seu ônus probatório não pode vigorar e viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido já julgou esse e. Tribunal.

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – AUXILIAR DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL – DESVIO DE FUNÇÃO – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – OCORRÊNCIA – Pretensão da autora ao recebimento das diferenças remuneratórias e seus reflexos entre os cargos de auxiliar de desenvolvimento infantil e professor de creche – Alegação de ocorrência de desvio de função – Necessidade de realização de prova oral tempestivamente requerida pela autora, visando permitir a elucidação da matéria controvertida (desvio de função) – Precedentes desta Corte – Cerceamento ao direito de defesa configurado, em razão do julgamento antecipado da lide – Sentença anulada – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1000215-75.2024.8.26.0144; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Conchal - Vara Única; Data do Julgamento: 22/10/2024; Data de Registro: 22/10/2024) gn

Segundo julgamento do colendo STJ no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2004764 - SP (2022/0155327-8): “*Há cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova oral e pericial, requeridas oportuna e justificadamente pela parte autora, com o fito de comprovar suas alegações, e o pedido é julgado improcedente por falta de provas*”.

Sendo assim, é o caso de se declarar a nulidade da r. sentença.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucional, observando ser pacífico no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça que, para fins de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido abordada no processo.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para a anular a r. sentença e retornar os autos à primeira instância, para que se realize a instrução probatória.

Tânia Ahualli

Relatora