



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000352953

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000240-35.2024.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que é apelante EDNA APARECIDA DE SOUZA XAVIER (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LIARTE (Presidente), MAURÍCIO FIORITO E RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

ANA LIARTE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

4ª CÂMARA - SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Apelação nº 0000240-35.2024.8.26.0426 - Digital

Comarca de origem: Patrocínio Paulista – Vara Única

Apelante: EDNA APARECIDA DE SOUZA XAVIER

Apelada: MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO PAULISTA

Voto 31225

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

I. Caso em Exame

Ação ajuizada contra o Município de Patrocínio Paulista, alegando desvio funcional e acúmulo de funções no período de 2018 a 2023, com pedido de reconhecimento e pagamento de diferenças salariais e horas extras.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se houve desvio de função, com a Autora exercendo atividades típicas de um cargo superior, justificando diferenças salariais.

III. Razões de Decidir

3. O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal exige aprovação em concurso público para ocupação de cargo específico, não permitindo desvio de função sem concurso.

4. A jurisprudência admite indenização por desvio de função, mas no caso, não há provas suficientes de que a Autora exerceu atividades incompatíveis com seu cargo.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. Desvio de função requer prova concreta de exercício de atribuições de cargo diverso. 2. Ausência de comprovação impede concessão de diferenças salariais.

Legislação Citada:

CF/1988, art. 37, II.

Jurisprudência Citada:

TJSP, Apelação Cível 1001580-07.2023.8.26.0434, Rel. Claudio Augusto Pedrassi, 2ª Câmara de Direito Público, j. 20.03.2025.

TJSP, Apelação Cível 1004780-19.2024.8.26.0068, Rel. Antonio Celso Faria, 8ª Câmara de Direito Público, j. 25.11.2024.

TJSP, Apelação Cível 1001204-70.2023.8.26.0547, Rel. Martin Vargas, 10ª Câmara de Direito Público, j. 12.11.2024.

Trata-se de ação ajuizada por EDNA APARECIDA DE SOUZA XAVIER em face do MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO PAULISTA, na qual alega ter atuado em desvio funcional no período de 2018 a 2023, e, alternativamente, ter acumulado funções, requerendo o reconhecimento de ambas as situações, acompanhadas do pagamento das diferenças salariais. Ademais, a Autora também postula o pagamento de horas extras laboradas além da carga horária fixada na Lei Complementar Municipal 01/1999, com os devidos reflexos (fls. 04/33).

Termo de audiência acostado às fls. 131/134 e fl. 163.

Após, sobreveio a r. sentença, a qual julgou improcedente o pedido (fls. 243/247).

Insatisfeita, a Autora interpôs Recurso de Apelação, conforme fls. 262/268, sustentando que as provas apresentadas comprovam de forma suficiente que exerceu atividades incompatíveis com o cargo de origem, configurando o desvio de função e fazendo jus às diferenças salariais devidas.

Recurso regularmente processado, sem necessidade de preparo e acompanhado de contrarrazões (fls. 272/288).

É o relatório.

É dos autos que a Autora busca o reconhecimento de desvio de função, alegando ter desempenhado atividades típicas de um cargo superior, de natureza pedagógica, enquanto ocupava o cargo de monitora, no período de 2018 a 2023, no âmbito do Município de Patrocínio Paulista. Sustenta que, durante esse período, exerceu funções que seriam privativas de profissionais do magistério, pleiteando, além do reconhecimento do desvio de função, o

pagamento das diferenças salariais correspondentes, bem como das horas extras eventualmente laboradas além da carga horária prevista na Lei Complementar Municipal 01/1999.

Julgou-se improcedente o pedido.

A r. sentença deve ser mantida.

O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal estabelece a necessidade de prévia aprovação em concurso público específico para a ocupação de determinado cargo público, não se mostrando possível que servidor público, ainda que aprovado em outro concurso, ocupe cargo não relacionado àquele para o qual concorreu e que originalmente ocupa:

Art. 37, 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;

Não obstante, inaceitável se revela a utilização de determinado servidor para o desempenho de funções incompatíveis com as inerentes ao seu cargo sem que haja qualquer contraprestação do Estado por essas responsabilidades e atribuições adicionais impostas ao agente por ordem de superiores. A fim de se coibir o enriquecimento sem causa do Poder Público em face de seu servidor, a jurisprudência se consolidou no sentido de permitir a indenização do agente vítima de desvio de função, no importe equivalente às diferenças salariais entre os cargos em questão.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento por meio da Súmula 378, segundo o qual "reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".

Assim, o desvio funcional é caracterizado pelo exercício de atividades

incompatíveis com aquelas inerentes ao cargo efetivo, sendo necessário para o reconhecimento a apresentação de prova concreta do desempenho de atribuições de cargo diverso.

No presente caso, não restou suficientemente comprovado o alegado desvio.

Após a análise dos autos, é possível verificar que a Autora não apresentou provas adequadas que atestassem a execução de atividades pedagógicas, as quais são privativas dos profissionais da área do magistério. Assim, não se pode afirmar que houve desvio de função, uma vez que as atividades desempenhadas pela Apelante estavam dentro das atribuições compatíveis com o cargo que ocupava, conforme Edital do Concurso Público n.º 001/2012 do Município de Patrocínio Paulista (fls. 35/46):

MONITOR DE CRECHE: Executar atividades diárias de recreação com crianças e trabalhos educacionais de artes diversas; acompanhar crianças em passeios, visitas e festividades sociais; proceder, orientar e auxiliar as crianças, no que se refere a higiene pessoal; auxiliar as crianças na alimentação; servir refeições e auxiliar crianças menores a se alimentarem; auxiliar a criança a desenvolver a coordenação motora; observar a saúde e o bem estar das crianças, levando-as quando necessário, para atendimento médico e ambulatorial; ministrar medicamentos, conforme prescrição médica; prestar primeiros socorros, cientificando o superior imediato da ocorrência; orientar os pais quanto à higiene infantil, comunicando-lhe os acontecimentos do dia; manter boas relações com os pais; levar ao conhecimento do chefe imediato qualquer incidente ou dificuldade ocorridas; vigiar e manter a disciplina das crianças sob sua responsabilidade, confiando-as aos cuidados de seu substituto ou responsáveis, quando afastar-se, ou ao final do período do atendimento; apurar a frequência diária e mensal dos menores; auxiliar no recolhimento e entrega das crianças que fazem uso do transporte escolar, acompanhando-as na entrada e saída do mesmo, zelando assim pela sua segurança; integrar-se positivamente no seio da equipe; com todas as crianças; participar nas formações e realizar as atividades previstas; executar tarefas afins.

Além disso, a legislação pertinente, bem como a descrição das funções do cargo de monitor, não exige que suas atividades sejam desempenhadas

exclusivamente na presença do professor.

Outrossim, as testemunhas ouvidas nos processos utilizados como prova emprestada confirmaram que as reclamantes se limitavam a seguir orientações previamente estabelecidas, não exercendo responsabilidade pedagógica autônoma, a atuação restringia-se a atividades de apoio e auxílio, desempenhando funções secundárias e assistenciais nas tarefas atribuídas.

Portanto, não subsiste qualquer fundamento jurídico para a concessão de diferenças salariais ou o pagamento de horas extraordinárias, uma vez que não restou devidamente comprovado nos autos o exercício efetivo de atribuições distintas ou acumuladas, capazes de justificar a pretensão formulada pela Autora.

No sentido do quanto decidido, citem-se os seguintes precedentes deste Tribunal de Justiça:

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. Município de Jariquara. Auxiliar de Educação Básica. Desvio de função. Pleito para o reconhecimento de desvio de função entre os vencimentos daquele cargo e o de Professor de Educação Infantil. Inadmissibilidade. Autora exerce funções inerentes ao cargo de Auxiliar. Inexistência de exigência legal de que o Auxiliar só possa atuar juntamente com o Professor, com sua presença física. Ademais, a pretensão esbarra na vedação de vinculações de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público. Consonância do art. 37, inc. XIII da CF. Precedentes. Improcedência mantida. Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1001580-07.2023.8.26.0434; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Pedregulho - Vara Única; Data do Julgamento: 20/03/2025; Data de Registro: 20/03/2025)

APELAÇÃO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. Servidora Pública Municipal. Município de Barueri. Agente de desenvolvimento humano. Alegação de que exerceria cargo de professora em desvio de função, sem o devido reconhecimento. Requerimento do reconhecimento do desvio de função, com pagamento de diferença de vencimentos para o cargo desviado e pagamento de horas extras por trabalho realizado aos sábados e

a manutenção no cargo de professor de educação infantil. Sentença de improcedência. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. A desistência das testemunhas foi formulada pela própria advogada em audiência, a qual foi devidamente homologada pelo juiz que presidiu o ato, não havendo razão para redesignação de audiência para oitiva delas. Independente da razão pela qual as testemunhas não ingressaram, deveria a advogada ter insistido na oitiva das testemunhas, podendo até mesmo solicitar audiência em forma presencial. A desistência naquele ato com posterior pedido de oitiva configura venire contra factum proprium, o que é vedado em nosso ordenamento. Pretensão ao recebimento de diferenças remuneratórias decorrentes das funções próprias do cargo que exerce em desvio/acúmulo de função. Inviabilidade. Não comprovado o desempenho de funções típicas de cargo diverso (Professora de Educação Básica / Professora de Desenvolvimento Infantil). Autora que não se desincumbiu do ônus probatório previsto no artigo 373, I do CPC. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1004780-19.2024.8.26.0068; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/11/2024; Data de Registro: 25/11/2024)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AUXILIAR DE CRECHE. PRETENSÃO PELO RENQUADRAMENTO FUNCIONAL. PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. 1. Servidor público municipal com pretensão ao reenquadramento funcional com o reconhecimento das atividades desempenhadas por Auxiliar de Creche como típicas de Professor de Educação Infantil (docência), com consequente direito ao recebimento do piso salarial. 2. Decreto de improcedência com o fundamento de não ser possível eventual transformação de cargos, na medida em que tal procedimento não se enquadra nas hipóteses de provimento original ou derivado (ascensão ou readaptação) de cargos públicos, únicos meios legais e constitucionais viáveis para o fim pretendido. 3. Requisitos exigidos na legislação (exercício de atribuições de docência ou de suporte pedagógico à docência) não demonstrados. Vedada majoração de vencimentos com fundamento em isonomia (Súmula n. 339, do STF). 4. Pretensão que viola o acesso a cargo público (e aos benefícios deste decorrentes) por concurso, conforme o art. 37, II, da Constituição Federal. Eventual desvio funcional que não implica direito ao recebimento do piso, podendo ensejar tão somente eventual indenização. Precedentes deste Eg. Tribunal. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1001204-70.2023.8.26.0547; Relator (a): Martin Vargas; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Rita do Passa Quatro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 12/11/2024; Data de Registro: 12/11/2024)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Por fim, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil majoram-se os honorários advocatícios em 1 (um) ponto percentual, a incidir sobre a mesma base de cálculo, observando-se a concessão de gratuidade de justiça.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ANA LIARTE
Relatora