



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000409535

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1026709-18.2023.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é recorrida LUDOVINA INES VENTURELLI GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 28 de abril de 2025.

FERMINO MAGNANI FILHO

relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 37085

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1026709-18.2023.8.26.0562

FORO DE ORIGEM: SANTOS

APELANTE(S): MUNICÍPIO DE SANTOS

APELADO(S): LUDOVINA INES VENTURELLI GONÇALVES

REMESSA NECESSÁRIA

DESVIO DE FUNÇÃO – Município de Santos – Autora concursada como Oficial de Administração, mas que exerce de fato atribuições de Técnico Auxiliar de Administração – Procedência do pedido de ressarcimento das diferenças de vencimentos conforme Súmula 378/STJ – Comprovação do exercício de atividade diversa do cargo para o qual o servidor foi investido – Vedação ao enriquecimento ilícito – Desvio de função que reflete sobre todas as verbas de natureza salarial, inclusive férias e licenças – Impactos da Lei Municipal nº 1.257/2024 sobre a condenação que deverão ser apurados na fase de execução – Precedentes jurisprudenciais – Apelação fazendária e remessa necessária não providas.

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pelo Município de Santos contra r. sentença proferida pelo digno Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca Santos (fls 570/578, integrada a fls 615), que julgou parcialmente procedente ação de cobrança de diferenças de vencimentos ajuizada por Ludovina Ines Venturelli Gonçalves, entre o seu cargo de origem, Oficial de Administração, e os de Agente Administrativo, Orientador Técnico de Administração e Técnico Auxiliar de Administração, que diz exercer de fato, em desvio de função.

Apelo fazendário fundado em síntese nestas teses: a) não houve prova do desvio de função por parte da servidora; b) as manifestações citadas na decisão guerreada, elaboradas pela Administração, o foram de forma genérica, visando amparar a propositura de novel legislação municipal, concretizada por meio da Lei Complementar nº 1257/2024; c) uma eventual condenação que atinja período posterior a promulgação da lei retro citada, não encontra esteio

fático ou legal e excede os limites da lide; d) em decorrência do exercício de funções diversas do cargo ocupado (comissionadas), o apelado recebe remuneração acrescida de gratificação correspondente a funções gratificadas e chefias exercidas fora das suas atribuições; e) ofensa à Súmula Vinculante 37; f) ao ente político é outorgado o poder de organizar seu pessoal; g) subsidiariamente, requer seja autorizada a compensação dos valores pagos a título de função gratificada, auferida pelo exercício de função distinta da inerente ao cargo ocupado, e limitada aos períodos em que houve a prática do desvio funcional, extirpados os períodos de férias, licenças, ausências e outros afastamentos, posto que nesses períodos não houve prática de qualquer atividade, quiçá, desviada (fls 621/629)

Apelo não respondido (fls 633).

É o relatório.

1- Ludovina Ines Venturelli Gonçalves cobra do Município de Santos diferenças a maior de vencimentos entre os cargos de Oficial de Administração, provido mediante concurso, e os de Agente Administrativo, Orientador Técnico de Administração e Técnico Auxiliar de Administração, os quais diz exercer de fato há anos. Sustenta que a Administração se beneficiou da prestação de serviços diferenciados neste desvio, sem a devida contraprestação.

Ação julgada parcialmente procedente, reconhecendo o desvio tão somente com relação ao cargo de Técnico Auxiliar de Administração (fls 570/578, integrada a fls 615).

A r. sentença de parcial procedência merece ser mantida.

2- O pleito atinente ao pedido de pagamento das diferenças em razão do desvio de função ostenta natureza eminentemente

indenizatória. Ou seja, diz respeito à adequada e proporcional compensação do trabalho efetivamente prestado pelo servidor, ainda que não tenha sido nomeado para o cargo utilizado como paradigma de vencimentos. Por isso se conclui que a reparação material não enseja – nem seria possível – a equiparação ou mesmo promoção do servidor ao cargo-parâmetro. As regras constitucionais vedam especialmente no tocante à imprescindibilidade do concurso e à isonomia.

Esse tema já foi sumulado no verbete nº 378 do Superior Tribunal de Justiça: *Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes*.

Como pontifica José dos Santos Carvalho Filho, *o cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício de função de outro cargo, e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa* (Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, páginas 662/663, Lumen Juris, 2010).

Diante disso, uma vez que o servidor efetue trabalho diverso, com remuneração superior, fará jus às diferenças resultantes do cargo para o qual foi nomeado e do cargo cujas atividades desempenhou efetivamente. Considerar de outra forma ensejaria enriquecimento ilícito da Administração, que se vale de trabalho diferenciado, pagando menos.

3- Confrontemos a especificação das tarefas preestabelecidas aos dois cargos em debate:

a) **Oficial de Administração:** *atender ao público em geral fornecendo informações sobre localização de processos, documentos diversos, pessoais e outros órgãos da Administração; Atender e cadastrar pacientes, convocando-os para consultas, exames e comunicando datas para retirada de resultados; Fazer inscrição de interessados nos cursos mantidos pela Prefeitura; Efetuar e Atender chamadas telefônicas, anotando e transmitindo recados; Receber, protocolar e registrar processos e documentos diversos, de acordo com normas estabelecidas para protocolo e tramitação de papéis; Receber, separar e encaminhar processos e correspondência em geral; Datilografar ou digitar textos, tabelas ou outros documentos, bem como conferir serviços executados; Manter arquivo de processos, publicações e documentos diversos de interesse da unidade; Requisitar o ressuprimento de materiais de consumo da unidade, bem como receber e conferir os materiais recebidos; Dar informações em processos sobre assuntos de sua competência; Redigir memorandos e ofícios rotineiros, bem como efetuar cálculos simples; Zelar pela conservação e manutenção das máquinas e equipamentos colocados à sua disposição, solicitando os reparos que se tornem necessários; Manter controle de frequência do pessoal da unidade, fazendo os registros necessários à*

elaboração da folha de pagamento; Elaborar ou participar da elaboração de tabelas, mapas e outros demonstrativos de desempenho da unidade; Preparar documentação e elaborar prestação de contas de verbas recebidas pela unidade; Manter controle de utilização das dotações orçamentárias; Controlar a entrega de materiais pelos fornecedores, emitindo documento para recolhimento de multa por atraso, de acordo com normas estabelecidas; Acompanhar a publicação de atos oficiais de interesse da unidade, fazendo anotações necessárias; Fazer controle de agendamento de ambulâncias; Manter contatos diversos com pessoas e entidades externas no desempenho de suas atividades; Manter registro de fornecedores, prestadores de serviços com dados cadastrais atualizados, ramo de atividade, desempenho, documentação jurídico-fiscal e outras informações; Executar serviços administrativos e operacionais de apoio à realização de campanhas de vacinação educativas, eventos esportivos, culturais e outros; Executar outras atividades, a critério da chefia, dentro das similaridades de funções específicas (fls 70/72);

b) Técnico Auxiliar de Administração: *Assessorar a chefia na organização, planejamento e administração dos serviços a cargo da unidade; Supervisionar e orientar os serviços de funcionários na unidade; Elaborar editais de licitação; Analisar propostas indicando a vencedora; Solicitar empenho do valor da proposta vencedora; Emitir relatórios de desempenho da unidade; Analisar processos e emitir parecer na área de sua competência; Calcular taxas, multas e outros valores a serem recolhidos à Prefeitura, providenciando a emissão do documento correspondente; Acompanhar liberação e transferência de verbas do Governo Federal e Estadual, bem como preparar expedientes*

de prestação de contas; Redigir ofícios, comunicados e outros expedientes; Realizar pesquisas, tabular dados e fornecer informações tomadas de decisão pela chefia da Unidade; Estudar legislação, levantar dados e opinar sobre a concessão de benefícios dos funcionários; Emitir declarações e certidões sobre assuntos de sua competência; Fazer cálculos relativos à folha de pagamento, rescisão contratual, aposentadoria, férias e outros; Atuar como preposto da Prefeitura em audiências referentes a reclamações trabalhistas; Executar outras atividades, a critério da chefia, dentro das similaridades de suas funções específicas (fls 75/76).

Em suma, ao Oficial de Administração são atribuídas as tarefas administrativas rotineiras de baixa complexidade, enquanto o Técnico Auxiliar de Administração exerce tarefas de maior complexidade, inclusive redigir e analisar documentos, elaborar cálculos, emitir pareceres etc.

No caso, a dilação probatória foi desnecessária porque o desvio de função é expressamente confessado pelo próprio Município de Santos em diversos documentos.

Por exemplo, em 15/12/2011, o Coordenador de Formação e Desenvolvimento de Pessoal informou: *Face aos 20 anos de reposição de agentes e técnicos auxiliares de administração por oficiais de administração, em virtude da necessidade de realização do serviço, praticamente todas as atividades exercidas pelos agentes e técnicos são hoje realizadas por oficiais de administração* (fls 67). Essa informação foi reiterada pela Prefeitura em 29/10/2015 (fls 256).

Beira o cinismo o Município de Santos alegar que não houve prova do desvio de função, sendo que a ilegalidade que perdura

há décadas é formalmente reconhecida pelo seu próprio departamento de gestão de pessoal em diversos documentos.

Em casos idênticos, envolvendo Oficiais de Administração do Município de Santos, decidiu este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória c/c cobrança por desvio de função. Servidor Público – Oficial de Administração do Município de Santos – Ensino básico – Desenvolvimento de atividades administrativas de menor complexidade – Extinção dos cargos de Agente Administrativo, Orientador Técnico Administrativo e Técnico Auxiliar de Administração, de acordo com a LC 758/2012 – Absorção das atividades referentes aos cargos extintos pelo cargo de Oficial de Administração – Comprovado o exercício de funções inerentes a cargo diverso – Vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública – Danos morais – Pedido de indenização julgado improcedente em primeiro grau – Manutenção – Recurso oficial e voluntário desprovidos (Apelação/Remessa Necessária nº 1019430-78.2023.8.26.0562, 1ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Magalhães Coelho, j. 10/09/2024; negritei).

ADMINISTRATIVO – Servidora pública municipal de Santos – Oficial de Administração – Exercício de função inerente ao cargo de Agente Administrativo, com vencimentos superiores ao do cargo ocupado e que exige ensino médio completo – Desvio de função configurado – Indenização consistente nas diferenças mensais entre a remuneração percebida pelos oficiais de administração e pelos agentes administrativos, com os respectivos reflexos, sob pena de locupletamento da Administração Pública – Inteligência da Súmula 378 do STJ – Precedentes deste Tribunal. 2- Compensação entre função

gratificada e valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo ocupado e os daquele efetivamente exercido. Descabimento. Gratificação percebida pelo exercício de função de chefia, a qual não se confunde com as funções do cargo originário nem com as do cargo paradigma. Inteligência do art. 143 da Lei Municipal nº 4.623/84 (Estatuto). 3- Apostilamento. Inadmissibilidade. Pagamento das diferenças condicionado ao exercício em desvio de função, não se incorporando aos vencimentos da autora. 4- Dano moral não positivado. 5- Recurso da autora não provido, parcialmente providos o do réu e a remessa necessária (Apelação/Remessa Necessária nº 1019628-18.2023.8.26.0562, relator Desembargador Coimbra Schmidt, 7ª Câmara de Direito Público, j. 02/07/2024; negritei).

SERVIDOR MUNICIPAL – Santos – Desvio de função – Autor que ingressou, através de concurso no cargo de oficial de administração, mas exercia as funções de agente administrativo – Enquanto o autor exerce outra função, deve ter sido remunerado de acordo com aquela função, sob pena de enriquecimento ilícito – Pagamento das diferenças devido, com juros e correção monetária, de acordo com o Tema nº 810 do Supremo e Tema nº 905 do STJ – Recurso improvido (Remessa Necessária Cível nº 1011340-57.2018.8.26.0562, 3ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, j. 11/06/2019; negritei).

4- No mais, observo que a r. sentença já ressaltou eventuais períodos de exercício de função comissionada:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para condenar o Município de Santos, ressalvada a prescrição quinquenal, ao pagamento à autora das diferenças salariais entre as

*funções de Oficial de Administração e Técnico Auxiliar de Administração, em decorrência do desvio de função, sem incidência da Gratificação Pelo Desempenho de Atividades Administrativas Complexas a título indenizatório, e **excluídos os períodos em que a demandante laborou em função gratificada ou cargo comissionado (se o caso)**; bem como para condenar o requerido ao pagamento das diferenças vencidas e vincendas e seus reflexos nas verbas salariais (adicionais, férias acrescidas de 1/3, 13º salário), com incidência de juros e correção monetária nos termos da fundamentação supra (fls 577/578).*

5- Com relação aos períodos de férias, licenças, ausências e outros afastamentos, essas verbas têm natureza salarial, de tal modo que o desvio de função reflete também sobre elas.

Nesse sentido, decidiu este Tribunal:

DIREITO ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – SERVIDOR ESTADUAL – DESVIO DE FUNÇÃO – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS FAZENDÁRIO E OFICIAL E PROVIMENTO DA APELAÇÃO ADESIVA DO AUTOR. I. Caso em Exame: 1. Ação ordinária proposta por servidor público efetivo do Estado de São Paulo, aprovado no cargo de “Carcereiro de 2ª Classe”, transformado em “Agente Policial”, visando o recebimento de diferenças salariais por desvio de função, exercendo atribuições de “Escrivão de Polícia”, com reflexos sobre o 13º salário, férias e adicional por tempo de serviço. Sentença julgou parcialmente procedente a ação, condenando ao pagamento de indenização pela diferença salarial, sem reflexos sobre as demais verbas, observando-se a prescrição quinquenal. II. Questão em

*Discussão: 2. A questão em discussão consiste em (i) a caracterização do desvio de função e o direito às diferenças salariais; (ii) a natureza das verbas devidas, se indenizatórias ou salariais; (iii) a incidência de reflexos sobre outras vantagens funcionais. III. Razões de Decidir: 3. Reconhecimento do desvio de função, com base em provas documentais e testemunhais, confirmando o exercício de funções de escrivão de polícia. 4. As diferenças salariais possuem natureza salarial, conforme precedentes do STJ, incidindo contribuição previdenciária e reflexos sobre 13º salário, férias e terço constitucional. IV. Dispositivo e Tese: 5. Recurso fazendário e oficial parcialmente providos para reconhecer a natureza salarial das diferenças devidas. Apelação adesiva provida para condenar ao pagamento dos reflexos sobre o 13º salário, férias e terço constitucional. **Tese de julgamento: 1. Reconhecimento do desvio de função gera direito às diferenças salariais. 2. Diferenças salariais por desvio de função possuem natureza salarial, com reflexos em outras vantagens calculadas sobre a remuneração do servidor.** Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação / Remessa Necessária 1047869-74.2023.8.26.0053, Rel. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, j. 20/06/2024. AgInt no AREsp n. 397.858/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 11/10/2021. REsp n. 1.843.896/AL, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 26/11/2019. REsp n. 1.352.250/PE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 21/2/2013. TJSP, Apelação / Remessa Necessária 1000404-04.2024.8.26.0516, Rel. Silvia Meirelles, 6ª Câmara de Direito Público, j. 23/11/2024. TJSP, Apelação Cível 1016354-91.2021.8.26.0602, Rel. Francisco Bianco, 5ª Câmara de Direito Público, j. 17/10/2024. TJSP, Apelação Cível*

1042458-54.2020.8.26.0506, Rel. Spoladore Dominguez, 13ª Câmara de Direito Público, j. 07/08/2023 (Apelação/Remessa Necessária nº 1000051-13.2021.8.26.0275, 4ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Osvaldo Magalhães, j. 10/03/2025; negritei).

6- Por fim, os impactos da Lei Municipal nº 1.257/2024 sobre a condenação deverão ser apuração na fase de liquidação.

Se, de fato, a referida lei equiparou os vencimentos do cargo de Oficial de Administração com os de Técnico Auxiliar de Administração, basta que a Municipalidade comprove a inexistência de diferenças a pagar a partir da vigência da Lei Municipal nº 1.257/2024 em eventual impugnação à execução.

Por meu voto, nego provimento à apelação fazendária e à remessa necessária.

FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador Relator