

DESVIO DE FUNÇÃO

NO SERVIÇO PÚBLICO





CASSEL&RUZZARIN

A D V O G A D O S

INTRODUÇÃO

Cassel & Ruzzarin Advogados elaborou um estudo que aborda o desvio de função no serviço público em linguagem simples, na forma de perguntas e respostas, para permitir sua identificação pelos servidores em geral.

É comum nesse meio o desempenho de atribuições alheias àquelas do cargo efetivo do servidor. Em muitos casos, sem a contraprestação devida.

Para facilitar a compreensão e, considerando a multiplicidade de legislações de regência, adotou-se como paradigma o plano de carreira dos servidores do Poder Judiciário da União.

Porém, o desvio é observado em vários órgãos do Poder Executivo, como em hospitais públicos, onde não é incomum a designação de técnicos de enfermagem (nível médio) para as funções de enfermeiros (nível superior).

Com os esclarecimentos prestados nesta cartilha, fruto da experiência dos advogados Rudi Cassel, Jean P. Ruzzarin, Marcos Joel e Aracéli A. Rodrigues na defesa de servidores que passaram pelo problema, o trabalhador conhecerá os detalhes que instruem o direito à indenização e a correção do desvio.

O objetivo é formar agentes de multiplicação do conhecimento sobre a matéria para que a prática inconstitucional do desvio de função seja abolida e as atribuições sejam exercidas em sintonia com o plano de carreira.

Ao se dar o devido tratamento à questão, a vitória será do servidor que terá restauradas as atribuições legais, do Administrador Público que atuará com a conduta dele exigida e de cada cidadão que verá respeitados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, contextualizados pela garantia do acesso a cargos por concurso público específico.

Cassel & Ruzzarin Advogados se coloca à disposição para o esclarecimento de quaisquer dúvidas.

*Rudi Cassel
Jean P. Ruzzarin
Aracéli A. Rodrigues
Marcos Joel*

Cassel & Ruzzarin
Advogados

1

O QUE É DESVIO DE FUNÇÃO?

É quando o servidor público realiza atribuições que não são próprias de seu cargo efetivo, sem que ocupe função de confiança ou cargo em comissão. O fenômeno ocorre em muitos órgãos que, em vez de promoverem concursos públicos específicos para determinadas atividades, promovem um “atalho” ao caminho constitucional, “aproveitando” servidor pertencente ao quadro de

pessoal em atribuições diferentes daquelas para as quais foi aprovado em certame adequado.

É o que se observa quando auxiliares judiciários desempenham atribuições de técnicos judiciários e estes desempenham atribuições de analistas judiciários da Lei 11.416/2006 (PCS do Poder Judiciário da União). O contrário também caracteriza desvio de função.

*O **desvio de função** se caracteriza pela realização de atribuições que não são próprias do cargo efetivo do servidor*

HÁ **DESVIO DE FUNÇÃO** QUANDO O SERVIDOR EXERCE ATIVIDADE DIFERENTE DO SEU CARGO, MAS RECEBE RETRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO COMISSIONADA OU DE CARGO EM COMISSÃO?

2

Em regra, nesse caso, não há desvio de função, uma vez que a ocupação de função comissionada ou de cargo em comissão, com suas respectivas retribuições, importa no exercício de atribuições que não são inerentes ao cargo ocupado pelo servidor, mas

próprias das atividades da função ou do cargo comissionado.

Entretanto, as tarefas com retribuição de função de confiança ou de cargo em comissão devem estar vinculadas à direção, à chefia ou ao assessoramento para que não se caracterize o desvio.

*Não há desvio de função quando o servidor exerce atividades que não integram seu cargo desde que sejam relacionadas à direção, à chefia ou ao assessoramento e receba **retribuição** de função comissionada ou de cargo em comissão*

3

O QUE É CARGO, ATRIBUIÇÃO, ÁREA E ESPECIALIDADE?

Cargo público é o “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” nos termos do artigo 3º da Lei 8.112/90. O artigo 2º, incisos I, II e III da Lei 11.416/2006, prevê os três cargos que compõem os quadros de pessoal do Poder Judiciário da União e o artigo 8º,

incisos I, II e III, prevê a escolaridade exigida para ingresso em cada um desses cargos: Auxiliar Judiciário (ensino fundamental), Técnico Judiciário (ensino médio ou técnico) e Analista Judiciário (ensino superior).

Aos cargos, de acordo com a escolaridade exigida, são cometidas determinadas atribuições previstas em regulamento, que deve observar o seguinte, segundo o artigo 4º, incisos I, II e III da Lei 11.416, para as carreiras dos servidores do Poder Judiciário da União:

CARGOS

Analista

Planejamento; organização; coordenação; supervisão técnica; assessoramento; estudo; pesquisa; elaboração de laudos, pareceres ou informações e execução de tarefas de elevado grau de complexidade

Técnico

Suporte técnico e administrativo

Auxiliar

Apoio operacional

ATRIBUIÇÕES



Para que as atribuições - em sentido amplo - estejam adequadas ao cargo que as define, um Técnico não poderá exercer tarefas típicas de Analista e um Auxiliar não poderá exercer atividades de Técnico. Pelas mesmas razões (mas sem diferença remuneratória), um Analista não deve exercer as tarefas de um Técnico, tampouco um Técnico deve

exercer as funções de um Auxiliar. O artigo 3º da referida lei estrutura os cargos em classes e padrões, subdividindo-os em áreas de atividade: Área Judiciária, Área de Apoio Especializado e Área Administrativa. As áreas de atividade, de modo geral, também definem as atribuições dos cargos:

ÁREA

Judiciária

Serviços realizados privativamente por **bacharéis em Direito**, abrangendo processamento de feitos, execução de mandados, análise e pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência nos vários ramos do Direito, bem como elaboração de pareceres jurídicos.

Apoio Especializado

Serviços para a execução de titulares dos quais se exige o **devido registro** no órgão fiscalizador de exercício da profissão ou o **domínio** de habilidades específicas.

Administrativa

Serviços relacionados com recursos humanos, material e patrimônio, licitações e contratos, orçamento e finanças, controle interno e auditoria, segurança e transporte e outras atividades complementares de **apoio administrativo**.

SERVIÇOS

A lei define os **cargos** de acordo com as atribuições e as **áreas** de acordo com os serviços. Além disso, existe a possibilidade de subdivisão de acordo com a **especialidade**, quando houver exigência legal ou habilidades específicas, conforme prevê o parágrafo único do artigo 3º da Lei 11.416/2006, por exemplo.

Na Portaria Conjunta nº 3, de 2007, expedida para regulamentar a Lei 11.416/2006, os presidentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios fixaram algumas atribuições dos cargos, resumidas no quadro a seguir:

CARGOS

ÁREA / ATIVIDADES

Analista

Área Judiciária: atividades de nível superior, de natureza técnica, realizadas privativamente por bacharéis em Direito, relacionadas ao processamento de feitos; apoio a julgamentos; análise e pesquisa de legislação, de doutrina e de jurisprudência nos vários ramos do Direito; estudo e pesquisa do sistema judiciário brasileiro; execução de mandados; organização e funcionamento dos órgãos judiciais, bem como a elaboração de laudos, de atos, de pareceres e de informações jurídicas.

Área Administrativa: atividades de nível superior, de natureza técnica, relacionadas à gestão estratégica, de pessoas, de processos, de recursos materiais e patrimoniais; orçamentária e financeira; licitações e contratos; controle interno e auditoria; segurança de dignitários, de pessoas, de bens materiais e patrimoniais e da informação e funções relacionadas a transporte, bem como a elaboração de laudos, de pareceres e de informações.

Área de Apoio Especializado: atividades de nível superior com formação ou habilitação específica, de natureza técnica, relacionadas à gestão da informação; tecnologia da informação; comunicação; saúde; engenharia; arquitetura; apanhamento taquigráfico, bem como aquelas vinculadas a especialidades inerentes a cada órgão e as que venham a surgir no interesse do serviço.

Técnico

Área Administrativa: atividades de nível intermediário, relacionadas à execução de tarefas de apoio à atividade judiciária; de suporte técnico e administrativo às unidades organizacionais; transporte; segurança de dignitários, de pessoas, de bens materiais e patrimoniais e da informação.

Área de Apoio Especializado: atividades de nível intermediário com formação ou habilitação específica, relacionadas à execução de tarefas de suporte técnico e administrativo às unidades organizacionais, bem como aquelas vinculadas a especialidades inerentes a cada órgão e as que venham a surgir no interesse do serviço.

Auxiliar

Área Administrativa: atividades relacionadas à execução de tarefas básicas de apoio operacional às unidades organizacionais.

Apesar da aparente divisão geral dos cargos em apenas três espécies (Analista, Técnico e Auxiliar), são as especialidades/atribuições de cada um, mediadas pelo nível (auxiliar, intermediário ou superior) e pela

área que representam o “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”, definindo verdadeiramente os cargos do Poder Judiciário da União.

Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor

Sim. Como exemplos, podemos citar três atos específicos de órgãos do Poder Judiciário da União que tratam desse assunto:

**HÁ REGULAMENTOS
QUE IDENTIFICAM
COM MAIS DETALHES
AS ATRIBUIÇÕES
DOS SERVIDORES?**

4

Resolução nº 212/1999 do Conselho da Justiça Federal que detalha as atribuições dos cargos, áreas e especialidades na Justiça Federal de 1º e 2º graus, complementada pela Resolução nº 568/2007 do Conselho da Justiça Federal

Ato Regulamentar nº 193/2008 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

Resolução nº 22.581/2007 do Tribunal Superior Eleitoral

Esses e outros regulamentos similares são extensos e apresentam-se com múltiplas combinações indevidas entre as atribuições que podem revelar o desvio de função e devem ser analisadas caso a caso.

O mais importante é o servidor ter consciência de que existem tabelas de enquadramento e descrições das atividades de cada cargo/

área/especialidade que devem ser consultadas e comparadas com o desempenho diário de suas atribuições para verificar se ocorre o desvio.

O servidor com suspeita de que há aspectos de suas funções não previstos na regulamentação do cargo que ocupa deve procurar auxílio técnico e jurídico adequado junto à entidade sindical ou associativa que o representa.



A Resolução nº 212/1999 do Conselho da Justiça Federal, o Ato Regulamentar nº 193/2008 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a Resolução nº 22.581/2007 do Tribunal Superior Eleitoral identificam, com detalhes, as atribuições de cargos, áreas e especialidades

5

QUAIS SÃO AS SITUAÇÕES MAIS CORRIQUEIRAS DE DESVIO DE FUNÇÃO?

Com base na Lei 11.416/2006 e seus regulamentos, podemos citar alguns exemplos de situações envolvendo desvio de função:

- O servidor que não seja bacharel em Direito e se encontre na Área Judiciária está em desvio de função porque, depois da Lei 11.416/2006, essa área compreende serviços realizados privativamente por servidores com aquela formação acadêmica;
- Está em desvio de função o servidor que não seja da Área Judiciária e realize tarefas de bacharel em Direito, nestas compreendidas o “processamento de feitos; apoio a julgamentos; análise e pesquisa de legislação, de doutrina e de jurisprudência nos vários ramos do Direito; estudo e pesquisa do sistema judiciário brasileiro; execução de mandados; organização e funcionamento dos escritórios judiciais; bem como a elaboração de laudos, de atos, de pareceres e de informações jurídicas”;



- Está em desvio de função o servidor que não tenha realizado concurso específico para Analista Judiciário, Área Judiciária, especialidade Execução de Mandados (oficial de justiça) e atue na execução de ordens judiciais (oficial de justiça ad hoc);
- Está em desvio de função o servidor que não tenha realizado concurso específico para Inspetor ou Agente de Segurança e realize as atribuições desses cargos;
- Está em desvio de função o servidor que, sem formação ou habilitação específica de natureza técnica (ou sem prestação de concurso específico), exerça atribuições complexas relacionadas à gestão da informação; tecnologia da informação; comunicação; saúde; engenharia; arquitetura; apanhamento taquigráfico (Analista);

- Está em desvio de função o servidor que, sem formação superior de natureza técnica (ou concursado para cargo que não requeira nível superior), exerça atribuições complexas relacionadas à gestão estratégica; de pessoas; de processos; de recursos materiais e patrimoniais; orçamentários e financeiros; licitações e contratos; controle interno e auditoria; segurança de dignitários e de pessoas, de bens materiais e patrimoniais, da informação e funções relacionadas a transporte, bem como a elaboração de laudos, de pareceres e de informações;
- No exame e confronto entre as atividades descritas por Áreas/Atribuições da tabela que representa a Portaria Conjunta nº 3/2007, quando a tarefa da área/atribuição de um servidor estiver contida em outra, com titular específico daquela atribuição, ocorrerá desvio de função.

*A Lei 11.416/2006 apresenta **parâmetros** que permitem **identificar** de imediato algumas situações de desvio de função*

Esses exemplos não excluem outras hipóteses, que devem ser apreciadas caso a caso, com o objetivo de evitar que eventual desvio se perpetue pelo desconhecimento de sua ocorrência. Os apontamentos apresentados também presidem a avaliação no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, adaptando-se a apreciação aos planos de carreira.

6

O SERVIDOR ESTÁ OBRIGADO A DESEMPENHAR ATRIBUIÇÕES DIFERENTES DAQUELAS QUE INTEGRAM SEU CARGO?

Não. O artigo 37, II, da Constituição Federal exige concurso público para investidura em cargo efetivo. A cabeça do artigo determina à Administração Pública que observe a legalidade, a eficiência, a moralidade e a impessoalidade. No Poder Judiciário da União, o concurso público é realizado para ocupação de cargos com atribuições específicas, inseridas nos regulamentos anteriormente mencionados, ou seja, os servidores de determinado cargo são selecionados para desempenhar atribuições específicas e não outras. Por segurança, o artigo 13 da Lei 8.112/1990 determina que as atribuições do servidor estejam contidas no termo de posse, vedada a alteração unilateral:

“Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.”

O edital do concurso público também prevê as atribuições do cargo. Portanto, as funções previstas no provimento originário do servidor são inalteráveis em respeito ao princípio da legalidade (o edital é a lei do concurso). O desvio de função do servidor, uma vez certificada a situação, caracteriza ato ilegal que pode e deve ser anulado. Em situações evidentes, o servidor estaria desobrigado de atender às determinações que representassem desvio de função por força do que prevê o artigo 116 da Lei 8.112/90.

A Constituição Federal exige concurso público para investidura em cargo público específico e com funções predefinidas. O desvio de função do servidor, uma vez certificado, caracteriza ato ilegal que pode e deve ser anulado

QUANDO O DESVIO DE FUNÇÃO DEVE SER INDENIZADO?

7

O desvio de função pode ocorrer para atribuições de cargos melhor remunerados ou para atividades de cargos com remunerações idênticas ou inferiores à recebida pelo servidor afetado.

Somente no primeiro caso (quando o servidor passa a desempenhar atividades com maior remuneração do que a por ele recebida) há direito à indenização correspondente à diferença remuneratória entre os rendimentos do cargo para o qual foi desviado e a remuneração que efetivamente recebe. O valor da indenização deve simular o enquadramento do servidor no cargo de remuneração superior com o tempo de serviço e progressão funcionais obtidos por ele em sua carreira.

Após a pacificação da matéria em vários acórdãos, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 378, que diz:

"Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes."

Logo, o servidor que exerce funções de cargo melhor remunerado deve receber as diferenças pecuniárias na forma de indenização (acrescida de juros de mora e correção monetária), considerando-se a classe e o padrão remuneratório que correspondem ao seu tempo de serviço e progressões/promoções funcionais. Isso significa que, no caso das carreiras da Lei 11.416/2006, se o servidor está em classe-padrão final de carreira de Técnico Judiciário e exerce função de Analista Judiciário, deve receber pelo enquadramento remuneratório de final de carreira de Analista, abatendo-se o que efetivamente recebeu durante o período como remuneração de Técnico.

*Quando o desvio ocorrer para função de cargos melhor remunerados, o servidor tem direito à indenização correspondente à **diferença de rendimentos** entre o que deveria receber e o que efetivamente recebe*



8

COM O DESVIO DE FUNÇÃO,
O SERVIDOR TEM DIREITO
DE SER REENQUADRADO
EM OUTRO CARGO?

Não. Embora a discussão fosse possível para os desvios de função ocorridos antes da Constituição da República de 1988 (casos atualmente prescritos), apenas as diferenças remuneratórias ou a anulação do ato produzirão efeitos no contexto constitucional atual por força da vedação retirada do artigo 37, II, onde

ficou estabelecido que a única forma de investidura em cargo ou emprego público seria por meio de aprovação prévia em concurso público. Assim, o servidor desviado não deve esperar o reequadramento. Apenas as diferenças remuneratórias e a anulação da irregularidade com o retorno às funções que lhe são próprias.

*A **indenização** decorrente do desvio de função não confere ao servidor desviado o direito a ser reequadrado no cargo exercido*

QUAIS OS MEIOS DE SE COMBATER O DESVIO DE FUNÇÃO?

9

Há várias medidas possíveis para se combater o desvio de função.

Sob a perspectiva anulatória do ato ilícito é possível etapa administrativa no órgão de lotação e, se esgotadas as vias recursais com resultado negativo, outras oportunidades se abrirão, sejam na esfera de controle de legalidade e fiscalização (não judicial) perante o Tribunal de Contas da União e Conselhos, sejam por medida judicial específica para anulação do ato que promove o desvio e declaração do direito do servidor a exercer as atribuições do seu cargo efetivo, bem como a

promover o pagamento das diferenças remuneratórias quando devidas. Nesse caso, determina-se à Administração que promova o retorno do trabalhador às funções corretas.

A etapa judicial independe da administrativa. Porém, é recomendável esgotar essa fase.

Em qualquer hipótese, para adequada análise do melhor procedimento, o ideal é consultar o departamento jurídico da entidade sindical ou associativa a que o servidor está vinculado para que a conjugação entre fato e direito seja a mais correta.

*Há várias medidas disponíveis para reverter o desvio de função, bem como exigir as suas **consequências indenizatórias**. Entre elas: requerimento administrativo, procedimento no Tribunal de Contas da União e Conselhos ou medida judicial (apenas nessa opção tem havido condenação a indenizar, do que resultou a Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça)*



CASSEL&RUZZARIN

A D V O G A D O S

SISEJUFE
SINDICATO DOS SERVIDORES DAS JUSTIÇAS
FEDERAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SITRAEMG
SINDICATO A PERMANENTE
DE TRABALHADORES DA JUSTIÇA
FEDERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

 **Sindjus**

SINDIQUINZE
Fenajufe - CUT

 **Sinjufego**



Sinpojufes



FENASSOJAF
Federação Nacional das Associações
de Oficiais de Justiça Avaliadores Federais



Cartilha "Desvio de Função no Serviço Público"

Elaboração e Realização

***Rudi Cassel, Jean P. Ruzzarin,
Aracéli A. Rodrigues, Marcos Joel***

Tiragem

23.500 exemplares

Contatos

cer@cer.adv.br

+61 3223 0552

www.cer.adv.br

facebook.com/ceradvogados

twitter.com/ceradvogados