



**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ
ÓRGÃO ESPECIAL - PROJUDI**

Sala Des. Clotário Portugal - Palácio da Justiça - Anexo, 12º Andar, s/n - Curitiba/PR

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 0053908-87.2019.8.16.0000, DA COMARCA DE TOLEDO.

REQUERENTE: ADRIANA PAULA WRONSKI.

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE TOLEDO.

RELATOR: DESEMBARGADOR CLAYTON CAMARGO.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

TESE A SER ANALISADA: “É JURIDICAMENTE POSSÍVEL A CONFIGURAÇÃO DE DESVIO FUNCIONAL ENTRE OS OCUPANTES DO CARGO DE ASSISTENTE EM DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ADS), DE NÍVEL MÉDIO E REGIDO PELA LEI 1.821/99, EM FACE DO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL, DE NÍVEL SUPERIOR E DISCIPLINADO PELA LEI 2.074/11”.

INDICAÇÃO DE 40 (QUARENTA) AÇÕES JUDICIAIS EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO A RESPEITO DO TEMA E, NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE 02 (DOIS) JULGADOS: AUTOS Nº 0010694-89.2017.8.16.0170, DA 1ª CÂMARA CÍVEL, RECONHECENDO O DESVIO DE FUNÇÃO, E AUTOS Nº0010480-98.2017.8.16.0170, DA 4ª CÂMARA CÍVEL, NEGANDO-LHE A EXISTÊNCIA EM RAZÃO DA SUPOSTA IDENTIDADE ENTRE OS CARGOS.

DISCUSSÃO QUE NÃO SE CLASSIFICA COMO SENDO UNICAMENTE DE DIREITO, EM QUE PESE OS TERMOS EM QUE FORA FIXADO O QUESTIONAMENTO: “É JURIDICAMENTE POSSÍVEL A CONFIGURAÇÃO (...)”. RECONHECIMENTO DO DESVIO FUNCIONAL ENTRE INTEGRANTES DE 02 (DOIS) CARGOS PRE-DETERMINADOS, DO MUNICÍPIO DE TOLEDO (PR), QUE, INVARIAVELMENTE, DEPENDE DA ANÁLISE FÁTICA DO CASO CONCRETO: EFETIVO EXERCÍCIO, COM HABITUALIDADE, PELO DETENTOR DO CARGO “A” DAS ATRIBUIÇÕES EXCLUSIVAS DE CARGO PÚBLICO “B”.

DECISÃO JUDICIAL PARADIGMA DO CONFLITO QUE, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, ESCLARECEU NÃO SE TRATAR DE CARGOS IDÊNTICOS: “AS FUNÇÕES DE ADS ESTÃO DIVIDIDAS EM TRÊS GRUPOS, SENDO QUE AS ATRIBUIÇÕES CONSTANTES DO PRIMEIRO GRUPO SÃO IDÊNTICAS ÀS ATRIBUIÇÕES DE PROFESSOR, COMO CONSTOU DO ACÓRDÃO EMBARGADO” -, MAS, NO CASO CONCRETO, “NÃO RESTOU COMPROVADO O DESEMPENHO DE ATIVIDADES ALHEIAS ÀS SUAS ATRIBUIÇÕES” (ED Nº Nº0010480-98.2017.8.16.0170 01, 4ª CÂMARA CÍVEL).

NOVA ORIENTAÇÃO ACERCA DO TEMA, FIRMADA NO ÂMBITO DA 4ª CÂMARA CÍVEL, EM HARMONIA COM AS DEMAIS DECISÕES JUDICIAIS: OCORRÊNCIA DO DESVIO DE FUNÇÃO, NO CASO CONCRETO, ENTRE DETERMINADO ASSISTENTE DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DE TOLEDO (PR) EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL, DO MUNICÍPIO DE TOLEDO (AC Nº 0012637-44.2017.8.16.0170, 4ª CÂMARA CÍVEL, J. 22/11/2019).

INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONTROVERTIDA E QUE NÃO SE CONFIGURA COMO UNICAMENTE DE DIREITO.

INCIDENTE NÃO ADMITIDO: ARTIGO 976, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0053908-87.2019.8.16.0000, da Comarca de Toledo, em que é suscitante **ADRIANA PAULA WRONSKI** e interessado **MUNICÍPIO DE TOLEDO**.



1. RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, suscitado por Adriana Paula Wronski, nos Autos de Reexame Necessário nº 0014023-75.2018.8.16.0170, em que a servidora pública do Município de Toledo (PR) almeja a uniformização das decisões deste Tribunal de Justiça acerca do reconhecimento do desvio de função entre os servidores dos cargos de Assistente em Desenvolvimento Social e os Professores da Educação Infantil do mesmo município (mov. 1.1).

Narrou que existem ao menos 40 (quarenta) processos a respeito do tema em primeiro grau de jurisdição e que há divergência em (02) dois julgados desta Corte, um reconhecendo o desvio de função entre os cargos supramencionados (Autos nº 0010694-89.2017.8.16.0170, 1ª Câmara Cível) e, outro, negando a existência do desvio (Autos nº 0010480-98.2017.8.16.0170, 4ª Câmara Cível).

Defendeu a necessidade de serem fixadas as seguintes teses:

TESE Nº 1 É juridicamente possível a configuração de desvio funcional entre os ocupantes do cargo de Assistente em Desenvolvimento Social (ADS), de nível médio e regido pela lei 1.821/99, em face do exercício das atribuições inerentes ao cargo de Professor de Educação Infantil, de nível superior e disciplinado pela lei 2.074/11. A razão prioritária para tanto radica na inequívoca distinção entre as atribuições legalmente cometidas a ambos os cargos, seja sob o viés quantitativo, seja sob o espectro qualitativo. Por um lado, enquanto o cargo de ADS possui 25 (vinte e cinco) atribuições destinadas à educação infantil, por outra perspectiva, o cargo de Professor de Educação Infantil goza de 32 (trinta e duas) atribuições legais. No mais, as 7 (sete) atribuições a mais que o magistério possui se reportam justamente às tarefas congruentes com a formação superior e científica inerente à profissão de Professor, tais como a responsabilização pelo processo pedagógico de forma global e holística, além do planejamento, em conjunto com a equipe pedagógica, de atividades extraclasse a serem realizadas. Assim, uma vez se revelando juridicamente viável a configuração do desvio funcional in casu e desde que preenchidos os pressupostos legais, revela-se legítima a incidência do verbete sumular nº 378 do STJ, segundo o qual, “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

TESE Nº 2 Mercê da incidência vinculante do entendimento sedimentado pelo STJ por meio do Recurso Especial Repetitivo nº 1.091.539/AP e da Súmula 378, sob pena de vulneração ao princípio constitucional da isonomia e da vedação do enriquecimento sem justa causa, “nos casos de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças vencimentais decorrentes do exercício desviado, tem ele direito aos valores correspondentes aos padrões que, por força de progressão funcional, gradativamente se enquadraria caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não ao padrão inicial”.

TESE Nº 3 Uma vez existindo 2 (dois) cargos paradigmas de Professor de Educação Infantil que se distinguem apenas pela data em que foram criados e pela jornada alusiva a cada um deles, conclui-se que as diferenças remuneratórias devem ser vinculadas aos seguintes parâmetros, já considerado o período imprescrito: i. Do termo inicial da prescrição de direito material de cada caso até 05.11.2015: Professor de Educação Infantil T-35 (PAD/REF 1); ii. De 06.11.2015 até cessação do desvio de função: Professor de Educação Infantil T-40 (PAD/REF2).

TESE Nº 4 Por força tanto da celebração do TAC nº 001/2010 entre Ministério Público e Município de Toledo e máxime face à sentença homologatória de transação proferida no bojo dos autos de ação civil pública nº 0015251-22.2017.8.16.0170, já transitada em julgado e que reafirma a vedação expressa para que qualquer ocupante do cargo de ADS exerça as atribuições típicas inerentes ao cargo de Professor de Educação Infantil, prioritariamente a regência de classes, ofende os efeitos positivos da coisa julgada oriundos da referida demanda coletiva e configura desvio funcional a alocação de servidores públicos empossados como ADS na regência de classes, haja vista o exercício de atividade proibida e desautorizada oficial e expressamente.

TESE Nº 5 Em subserviência ao entendimento jurisprudencial vinculante emanado do STF por meio da ADI 3.772/DF, as atividades privativas de professor e, portanto, passíveis de configuração de desvio funcional, não se limitam estritamente à regência de classes, mas, ao reverso, também compreendem a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar.

Postulou a declaração de impedimento dos eminentes Desembargadores Regina Afonso Portes e Vicente Misurelli para julgamento do presente incidente, porque proferiram os aludidos acórdãos divergentes.



Juntou documentos (mov. 1.2 a 1.391).

Em juízo de admissibilidade, o eminente Desembargador 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça verificou que estão presentes as hipóteses legais para a instauração do incidente tão somente com relação à Tese 1, nos moldes do disposto no artigo 976 do Código de Processo Civil, que requer: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (mov. 11.1).

O Ministério Público do Estado do Paraná opinou pela completa inadmissibilidade do incidente. A Procuradoria de Justiça assentiu com a multiplicidade de processos acerca do tema, primeiro requisito legal. No entanto, considerou que somente após uma análise dos casos concretos será possível concluir se, de fato, os servidores exercem ou não as funções para as quais foram contratados, condição indispensável para o desvio de função. Estaria ausente, portanto, o requisito legal da “controvérsia unicamente de direito”. De todo modo, acrescentou que de um universo de 40 (quarenta) ações judiciais acerca do tema, apenas 01 (um) julgado destoou dos precedentes que admitem a ocorrência do desvio de função, o que também impediria a admissão do incidente (mov. 22.1).

A suscitante reforçou que estão presentes os requisitos legais para a instauração do incidente (mov. 24.1).

Distribuídos os autos originariamente à 1ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça, o eminente Desembargador Sílvio Vericundo Fernandes Dias verificou que a matéria relativa a servidores públicos competiria à Primeira Seção Cível e, também, à Segunda Seção Cível. Desse modo, invocando o disposto no artigo 84, inciso II, alínea “h”, do RITJPR, segundo o qual compete ao Órgão Especial “os Incidentes de Assunção de Competência e os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, quando a matéria for comum a mais de uma Seção Cível”, o então Desembargador Relator declarou a incompetência para o julgamento do incidente e determinou a sua redistribuição dos autos a este Órgão Especial (mov. 33.1).

O eminente Desembargador Carvilio da Silveira Filho, em substituição à minha relatoria, examinou o pedido de habilitação Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Toledo (mov. 38.1). Esclareceu, todavia, que o atual momento processual destina-se a examinar apenas a admissibilidade do incidente, indeferindo por ora o requerimento do sindicato (mov. 39.1).

Vieram conclusos (50.1).

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 - O incidente de resolução de demandas repetitivas se submete a um duplo juízo de admissibilidade: primeiramente pelo eminente Desembargador 1º Vice-Presidente, e, em um segundo momento, pelo órgão colegiado competente para o seu julgamento.

Nesse sentido: “*Distribuído o incidente, o Relator submeterá à apreciação do órgão competente o exame de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976 do Código de Processo Civil, para julgá-lo*” (art. 262, § 1º, do RITJPR).

Igualmente: “*Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976*” (art. 981, CPC).

2.2 - Pois bem. De acordo com o próprio Código de Processo Civil, são pressupostos para a admissibilidade do incidente:

Art. 976, CPC - É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No caso concreto, entendo que a matéria trazida aos autos não se classifica como “*questão unicamente de direito*”.

Como visto, a 1ª Vice-Presidência desta Corte restringiu a admissibilidade tão somente para fixação de tese a respeito da possibilidade da configuração de desvio funcional entre os ocupantes do cargo de Assistente em Desenvolvimento Social (ADS), de nível médio e regido pela Lei Municipal nº 1.821/99, em face do exercício das atribuições inerentes ao cargo de Professor de Educação Infantil, de nível superior e disciplinado pela Lei Municipal nº 2.074/11.

Ocorre, todavia, que a resposta sobre a ocorrência de desvio de função entre determinados servidores é incidível ao exame do caso concreto.

Explico.

A terminologia *função*, no direito administrativo, apresenta conceito próprio de tarefas pré-determinadas em lei a serem desempenhadas pelo servidor público.



“Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha predeterminação de tarefas do servidor”, leciona Carvalho Filho, esclarecendo que *“é ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de função relativa a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente”* (in Manual de Direito Administrativo, 26 ed, São Paulo: Atlas, 2013, págs. 611/612).

Em obra específica sobre o tema, Anacleto de Oliveira Farias deixa claro que *“Dá-se, em direito administrativo, o nome de 'desvio de função' à circunstância de o funcionário público desempenhar serviços não inerentes ao cargo que detém”* (in Desvio de Função, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 24, 2005, págs. 297/298).

Justamente por dizer respeito a determinada situação fática, em que o servidor atua além das suas funções, entendo que a resposta para a tese extrapola o requisito legal, qual seja, controvérsia sobre questão unicamente de direito (art. 976, inciso I, do CPC).

Muito embora a problemática tenha sido trazida aos autos em um plano abstrato, apontando-se as lei que regem os respectivos cargos públicos como parâmetro para a discussão, questionando se é *juridicamente possível* a configuração de desvio funcional entre os cargos, tenho que a solução somente será possível casuisticamente, a menos que se afirme genericamente ser possível a configuração do desvio de função, como em qualquer hipótese de servidor público desempenhando habitualmente atividades inseridas no rol de atribuições legais de outro cargo.

Genericamente seria possível afirmar que o desvio de função está configurado quando o servidor exerce, com habitualidade e permanência, atribuições exclusivas de um outro cargo público qualquer, distintas das suas, em violação à regra do concurso público, com já pacificado pelas cortes superiores:

“A jurisprudência do STJ há muito se consolidou no sentido de que o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus ao reenquadramento, tem direito de perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido em favor da Administração” (STJ, REsp 1.689.938, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 10/10/2017).

Ocorre que a resposta para a indagação acerca da possibilidade de o Assistente de Desenvolvimento Social de Toledo (PR) estar em desvio de função, em face das atribuições do cargo de Professor de Educação Infantil, invariavelmente dependerá do exame do caso concreto, sob pena de se ter uma conclusão demasiadamente genérica, já pacificada pelas Cortes Superiores:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PAGAMENTO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA. SÚMULA 378/STJ. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento da Corte de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o servidor tem direito de receber, a título de indenização, as diferenças remuneratórias decorrentes de equiparação salarial com o cargo efetivamente desempenhado, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública, não havendo que se falar em julgamento extra petita. Incide, in casu, a Súmula 378/STJ. 2. Outrossim, o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, mormente para verificar se houve desvio de função, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ” (REsp 1727313/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 16/11/2018).

“III. O acórdão recorrido asseverou que, conquanto possível a reparação pecuniária, correspondente às diferenças remuneratórias entre o cargo ocupado e aquele cujas funções são efetivamente desempenhadas, nos termos da Súmula 378/STJ, ‘no caso em exame, não restou configurada hipótese de desvio de função a autorizar o pagamento de indenização em favor da demandante’. IV. Segundo entendimento por Corte, ‘alterar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem - segundo as quais não estão preenchidos os requisitos de habitualidade e de permanência na execução da atividade de oficial de justiça, não há desvio de função e, conseqüentemente, não há pagamento de GAE, tal como colocada a questão nas razões recursais - demanda exame do acervo fático-probatório, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ’ (STJ, REsp 1.667.699/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/06/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.092.377/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/10/2017; REsp 1.693.601/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/10/2017; AgInt no AREsp 928.595/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2017” (STJ, AgInt no AREsp 1069694, Rel. Min. ASSUSSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 18/12/2017).



"(...) extrai-se do acórdão hostilizado que, de fato, a Recorrida laborou em função diversada qual foi admitida por concurso público, sem que lhe fosse concedida a complementação da remuneração. Entretanto, impende salientar que, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, são devidos ao servidor que trabalhou em desvio de função, à título de indenização, os valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo ocupado e da função efetivamente exercida, sob pena de locupletamento indevido da Administração" (STJ, AgRg no REsp 396704, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 01/08/2005).

"Para que fique configurado o desvio de função, exige-se a prova de que o trabalho exercido é fruto de esforço intelectual próprio, que não necessita supervisão constante, e que detenha a responsabilidade pelo trabalho desenvolvido e autonomia para decidir frente a situações conflitantes, não sendo esta a hipótese dos autos, visto que 'ao proceder ao confronto das atribuições exercidas pelo autor com as dos cargos de auditor-fiscal conclui-se que não há correlação entre elas'" (TRF 5, Apelação Cível nº 00005986720104058102, Rel. Desembargador Federal FERNANDO BRAGA, Segunda Turma, DJe 03/11/2014).

Possível perceber dos precedentes mencionados, inclusive, que a caracterização do desvio funcional sempre esteve atrelada a uma determinada situação fática que lhe deu suporte.

Inadmissível, portanto, o incidente, como leciona a doutrina especializada no tema:

"A necessidade de separar fato e direito para legitimar a função de um órgão judicial ou de uma técnica processual fez surgir a suposição de que a questão é de direito se apenas um fundamento de direito é posto em dúvida no processo e, depois, deu origem à noção de que existiria questão de direito quando, não obstante a clara e estreita relação do direito com os fatos, esses não necessitassem ser provados ou valorados. Recorde-se, aliás, que se diz que o Superior Tribunal de Justiça pode julgar o recurso especial quando a questão de direito envolver fatos, mas não for necessário perguntar sobre a sua existência ou valorar provas. A dificuldade em separar fato e direito levou a doutrina estadunidense a aludir a questões mistas (law-fact) e, finalmente, a ver a distinção entre law e fact como um 'mith'. Não foi por outro motivo que se deixou de lado a ideia de que o collateral estoppel só poderia proibir a relitigação de uma questão de fato. Não há questão de direito que, por estar mesclada por fatos, deva ser conceituada de outra forma. Bem vistas as coisas, o que realmente importa é que uma questão não pode ser discutida quando é "idêntica" a outra já decidida, quando pouco interessa se a questão é de fato puramente de direito (pure law) ou mista (law-fact). Tendo em vista que o incidente de resolução está preocupado com a definição de 'questões idênticas' (art. 985 do CPC/2015), é certo que o art. 976, ao aludir a 'questão unicamente de direito', não quis proibir a resolução de questões de direito que repousem sobre fatos, mas desejou evidenciar que o incidente não pode ser invocado quando é necessário elucidar matéria de fato. O incidente supõe a individualização ou o isolamento de uma questão de direito que embora possa estar claramente apoiada em fatos, não pode exigir investigação probatória. Fatos incontroversos abrem oportunidade para o surgimento de uma mesma questão de direito. Mas há situação distinta quando, para a solução de uma questão jurídica, fatos devem ser elucidados. O art. 976, ao falar em questão unicamente de direito, está aberto à solução de questões de direito fundadas em fatos incontroversos, mas rejeita as questões que exigem produção de prova" (MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Editora Revista dos Tribunais, edição e-book, 2016).

Nesse mesmo sentido é o parecer do Ministério Público Estadual:

"(...) entende essa Procuradoria-Geral de Justiça que não é possível fixação de entendimento acerca da distinção entre os cargos de Assistente em Desenvolvimento Social (ADS) e de Professor de Educação Infantil. Isso porque as Leis Municipais nº 1.821/1999 e 2.074/2011, em tese, fixam funções diferentes para os cargos de Assistente em Desenvolvimento Social e Professor em Educação Infantil. No entanto, somente a análise do caso concreto permitirá concluir se o servidor está, de fato, exercendo as funções para as quais foi contratado. Inclusive, a decisão proferida nos autos nº 0010694-89.2017.8.16.0170 deixa clara a necessidade de se analisar as particularidades do caso concreto para se chegar à conclusão de que teria havido, efetivamente, o desvio de função. Transcreve-se o trecho do acórdão que analisou a questão: 'Trata-se de reclamação trabalhista ajuizada por Eliane Inácio da Silva Ribeiro, professora da rede municipal de ensino infantil de Toledo. Inconformado com a sentença, o Município de Toledo sustenta sempre ter cumprido com o estabelecido na Lei e no Edital do concurso para o qual a autora foi aprovada, não havendo falar-se em desvio de função, tampouco pagamento de diferenças salariais. Todavia, sem razão. Isso porque, consta dos autos que a autora, aprovada para o cargo de assistente em desenvolvimento social (ADS), desempenhou, por diversas vezes, funções de professora de ensino infantil. Através dos depoimentos prestados em audiência de instrução e julgamento (mov. 129), resta demonstrada a confusão entre as atividades referentes ao cargo ADS da autora e as desempenhadas como se professora fosse. Portanto, há que se manter a sentença (sem grifos no original).



Dessa forma, é possível concluir que a análise acerca da distinção entre os cargos de Assistente em Desenvolvimento Social e de Professor de Educação Infantil depende da valoração dos elementos de prova constantes do processo, razão pela qual é possível concluir que não se trata de questão unicamente de direito” (mov. 22.1).

2.3 Ademais, como bem exposto pela Procuradoria-Geral de Justiça, verifica-se a existência de diversas decisões judiciais reconhecendo o desvio de função, com determinação de pagamento da diferença remuneratória, e apenas 01 (um) acórdão da 4ª Câmara Cível, divergindo da 1ª Câmara Cível, negando a ocorrência do desvio funcional, como se observa:

“APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – ASSISTENTE EM DESENVOLVIMENTO SOCIAL (ADS) – ALEGADO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROFESSOR – DESVIO DE FUNÇÃO RECONHECIDO NA SENTENÇA – CARGOS COM ATRIBUIÇÕES IDÊNTICAS – NÃO COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÕES ALHEIAS AO SEU CARGO – DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.O desvio de função não se configura pelo fato de existirem dois cargos com as mesmas atribuições, seria necessário ao reconhecimento do desvio de função que, a apelada exercesse funções não inerentes ao cargo por ela ocupado, o que não restou configurado nos autos” (TJPR, 4ª Câmara Cível, AC nº 0010480-98.2017.8.16.0170, Rel. Des. REGINA AFONSO PORTES, 4ª Câmara Cível, J. 12/03/2019).

Em sentido contrário, reconhecendo o desvio, existiriam aproximadamente 40 (quarenta) processos.

Ocorre que, apresentados embargos de declaração em face da citada decisão, a eminente Relatora esclareceu que as atribuições realmente são diferentes, vejamos:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APELAÇÃO CÍVEL – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – DESVIO DE FUNÇÃO NÃO RECONHECIDO – ALEGAÇÃO DE OMISSÕES E CONTRADIÇÕES NO JULGADO – NÃO CONSTATAÇÃO – ARGUMENTOS QUE VISAM REDISCUTIR A MATÉRIA – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.(...) O primeiro vício apontado consiste no fato de que, o acórdão teria afirmado que as funções dos dois cargos seriam idênticas, mas, segundo a embargante, isso não seria verdade, uma vez que o cargo de Assistente em Desenvolvimento Social tem muito mais atribuições do que o cargo de professor. Não há, contudo, qualquer omissão ou contradição neste fato a ser sanada por esta via. Isso porque, conforme a própria embargante afirma, as funções de ADS estão divididas em três grupos, sendo que as atribuições constantes do primeiro grupo são idênticas às atribuições de professor, como constou do acórdão embargado. O fato de que o cargo de ADS possui mais atribuições além daquelas idênticas ao cargo de professor não tem o condão de modificar a conclusão do julgado ‘uma vez que não restou comprovado o desempenho de atividades alheias às suas atribuições’” (TJPR, ED 0010480-98.2017.8.16.0170 01, Rel. Des. REGINA AFONSO PORTES, 4ª Câmara Cível, J. 25/06/2019).

Tem-se, portanto: a) dezenas de ações afirmando ter havido desvio de função nos casos concretos; b) uma decisão judicial que afirma não ter sido configurado, no caso dos autos, desvio de função; c) uma nova decisão judicial em sede de embargos de declaração, esclarecendo que a identidade entre as atribuições dos cargos é *parcial*. E, posteriormente, a 4ª Câmara Cível passou a decidir:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE TOLEDO. PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. ACOLHIMENTO. PARCELA DA MATÉRIA DEVOLVIDA QUE NÃO FOI SUBMETIDA AO JUIZ SINGULAR. APELO CONHECIDO EM PARTE. MÉRITO. DESVIO DE FUNÇÃO. OCORRÊNCIA. AUTORA, OCUPANTE DO CARGO DE ASSISTENTE DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL, QUE DESEMPENHOU AS FUNÇÕES DE PROFESSORA DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS. INTELIGENCIADO ARTIGO 884 DO CÓDIGO CIVIL E DA SÚMULA Nº 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESSALVA, EM REMESSA OFICIAL, QUANTO AO PERÍODO EM QUE A SERVIDORA EXERCEU FUNÇÃO GRATIFICADA. PRECEDENTES DESTACORTE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO REPETITIVO SOB Nº 1.356.120/RS. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 17 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO. EX OFFICIO. (...) Na situação específica dos autos, restou comprovado que a autora desempenhou as funções de professora de educação infantil. Note-se que a testemunha Ana Claudia Pereira Takemori, atualmente diretora de Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI), é categórica ao afirmar que não há qualquer diferença prática entre as atividades desenvolvidas pela assistente de desenvolvimento social e pelas professoras. Relatou em Juízo, aliás, que, nas avaliações e nas anotações encaminhadas aos pais dos alunos pelas assistentes de desenvolvimento social, consta, junto ao nome da profissional, o termo ‘professora’. (...)



Outrossim, a testemunha Alessandra Menegolla Goettems Ritzel, que labora no mesmo local que a ora recorrida e já ocupou ambos os cargos em comento, corrobora em seu depoimento que não há diferença entre as atividades desempenhadas. Tais informações, ainda, também encontram amparo na narrativa da terceira e última testemunha, Ana Caroline Santolin Tassi” (TJPR, AC nº 0012637-44.2017.8.16.0170, Rel. Des. ABRAHAM LINCOLN CALIXTO, J. 22/11/2019).

Verifica-se, portanto, prevalecer uma uniformidade das decisões judiciais, motivo pelo qual também não deve ser admitido o incidente.

Como bem esclarece a doutrina processualista:

"(...) se a questão é sempre decidida de modo uniforme, ainda que tenha potencial para multiplicação de ações, não há razão para a instauração do incidente, pois não há o que prevenir. Haveria inútil movimentação do aparelho judiciário, apenas. Por isso o dispositivo comentado [art.976] tenha exigido que os requisitos para a instauração do incidente estivessem simultaneamente presentes" (NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.968)

Posta desta forma a discussão, possível concluir que não existe *divergência* na questão, que também não se qualifica como *unicamente de direito*, requisitos sem os quais não deve ser admitido o incidente, nos termos do artigo 976, inciso I, do Código de Processo Civil.

Intimem-se os eminentes relatores dos feitos sobrestados, para que possam dar prosseguimento às respectivas ações judiciais.

3. Ex positis:

ACORDAM os eminentes Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por **unanimidade** de votos, em **não admitir** o presente incidente.

O julgamento foi presidido pelo eminente Desembargador **Adalberto Jorge Xisto Pereira** (sem voto) e dele participaram os eminentes Desembargadores **Ruy Cunha Sobrinho, Irajá Prestes Mattar, Robson Marques Cury, Desembargadora Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Jorge Wagih Massad, Sonia Regina de Castro, Hamilton Mussi Corrêa, Nilson Mizuta, Eugenio Achille Grandinetti, Arquelau Araujo Ribas, José Augusto Gomes Aniceto, Carlos Mansur Arida, Paulo Cezar Bellio, Mário Helton Jorge, José Laurindo de Souza Netto, Luiz Osório Moraes Panza, Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, Clayton de Albuquerque Maranhão, Sigurd Roberto Bengtsson, Coimbra De Moura, Fernando Antonio Prazeres, Ramon de Medeiros Nogueira e Regina Helena Afonso de Oliveira Portes**, todos acompanhando o voto do eminente Desembargador Relator.

Curitiba, 17 de agosto de 2020.

Desembargador CLAYTON CAMARGO

Relator

