

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

DESVIO DE FUNÇÃO

Recurso 00036256220094058500
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro
Julgado em 21/02/2022

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO COM O CARGO DE ANALISTA DO SEGURO SOCIAL.

RESUMO

Apelação de servidores federais (Técnicos do Seguro Social) que alegavam desvio de função e pediam equiparação salarial com Analistas Previdenciários. O tribunal manteve a sentença que julgou improcedente o pedido, reconhecendo que as atribuições dos cargos são diferenciadas por lei — técnicos exercem funções de suporte e analistas atividades mais complexas — não configurando desvio de função.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO COM O CARGO DE ANALISTA DO SEGURO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Apelação de sentença que julgou improcedente o pedido formulado por servidores federais, investidos no cargo de Técnico do Seguro Social, que alegam que exercem as mesmas atividades, na mesma jornada de trabalho e responsabilidades dos Analistas Previdenciários, porém percebendo remuneração menor. Com base nos termos do art. 6º da Lei 10.667/2003 e no Edital 01/2003, defendem os autores que estão em desvio de função, sendo a única distinção entre técnicos e analistas do INSS em Sergipe a denominação do cargo. Condenação dos autores no pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser rateado entre todos, com exigibilidade suspensa, em face da justiça gratuita concedida.
2. A parte autora, em seu recurso, discorre sobre: a comprovação dos fatos narrados na inicial; as consequências financeiras do desvio de função; a previsão de atribuições diferenciadas na lei, para técnicos (simples suporte e apoio) e analistas (mais complexas e especializadas), sem haver equivalência entre elas. Pontua que as tarefas institucionais mais complexas e especializadas, que exigem maior nível de qualificação, instrução e responsabilidade funcional por parte do servidor, deveriam estar a cargo dos analistas, mas estão sendo empreendidas pelos autores, técnicos, em desvio de função.

3. Há de ser mantida a sentença, pelos seus próprios fundamentos, assim expostos:

"FRANCISCO NASCIMENTO SILVA JÚNIOR, LAISE CUNHA DOS SANTOS E LUCIANO LAROCERIE CAMPOS, qualificados na proemial, ajuízam AÇÃO ORDINÁRIA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, alegando que são servidores públicos federais vinculados ao INSS e nomeados para exercerem o cargo de Técnico do Seguro Social.

Afirmam que realizam todas as funções inerentes às atividades da agência, dentre elas as que são atribuídas por lei exclusivamente aos Analistas Previdenciários, estando sujeitos à mesma jornada de trabalho e responsabilidades, porém percebem remuneração menor.

Aduzem, com base no art. 6º da Lei nº. 10.667/03 e no Edital nº 01/2003 - INSS, que há enorme possibilidade de estarem em desvio de função ao desempenharem integralmente as atividades típicas dos analistas, na medida em que nas atividades de competência do INSS, inserem-se todas aquelas descritas na lei como de competência exclusiva dos analistas, mas que estão sendo desempenhadas também pelos técnicos.

Defendem que a única distinção entre técnicos e analistas do INSS em Sergipe é a denominação do cargo que ocupem e nada mais.

Requerem: a) o pagamento das parcelas vencidas e vincendas de indenização equivalente às diferenças de remuneração (vencimento-base) entre os seus cargos - Técnico Previdenciário/ do Seguro Social - e a dos Analistas Previdenciários/do Seguro Social, devidos desde a posse dos mesmos, com reflexos devidos na GAE (Gratificação de Atividade do Executivo), correspondente a 160% do vencimento-base), na GDAP (Gratificação de Desempenho de Atividade Previdenciária), na GDASS (Gratificação de Desempenho da Atividade do Seguro Social), na VPNI (incorporada ao vencimento básico a partir de junho de 2009) e nas gratificações natalina e de férias, com 1/3, tudo devidamente corrigido e acrescido de juros de 0,5% a partir da citação; b) o pagamento das custas e honorários advocatícios no percentual de 20% do valor da condenação, bem como o pagamento de multa caso não cumprida a obrigação de fazer e c) o benefício da justiça gratuita.

Juntam os documentos de fls. 17/186.

À fl. 187, deferi o benefício da justiça gratuita aos autores.

Citado, o INSS argúi, preliminarmente, a inépcia da inicial, por ausência da causa de pedir, posto que entende não haver elementos que digam respeito às atividades efetivamente desenvolvidas pelos autores, assim como a documentação acostada nada demonstra, requerendo a extinção do feito, sem julgamento do mérito, com fundamentos nos arts. 295, parágrafo único, I c/c 267, IV, ambos do CPC.

No mérito, aduz que o vínculo entre o servidor e o Poder Público não é de natureza contratual, mas, legal, de modo que as alegações da parte autora de que passou a desenvolver atividades inerentes à outro cargo não tem força para modificar a lei.

Defende que o desvio de função caracteriza-se pela coligação de vontades entre a Administração Pública e o servidor, no sentido de que este passe a exercer atividade não prevista em lei para o seu cargo.

Alega que a pretensão dos autores encontra diversos óbices legais: a fixação e a alteração da remuneração dos servidores públicos só poderá ser feita mediante lei específica; a vedação constitucional à vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público; a despesa com pessoal ativo e passivo não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar (art. 169, caput, CF); ao Poder Judiciário é vedado conceder aumentos, sob o fundamento de isonomia, por ser a matéria de competência do Legislativo, nos termos da Súmula 339 do STF.

Argumenta, ainda, que os Analistas Previdenciários não tem vantagem pessoal, porém os autores pleiteiam equiparação sem perder suas vantagens, buscando tratamento privilegiado dentro do quadro de pessoal do INSS, visto que a lei nº. 10.355/2004, que instituiu a Carreira do Seguro Social, condiciona a opção na carreira à renúncia expressa das vantagens.

Requer o acolhimento da preliminar e, caso ultrapassada a defesa processual, seja a ação julgada totalmente improcedente. Eventualmente, requer que a condenação seja fixada com a natureza da indenização, com início em 11 de maio de 2003; a possibilidade de compensação das parcelas incorporadas à remuneração por decisão administrativa ou judicial; a limitação dos valores à remuneração total do cargo de Analista Previdenciário e que seja fixado como termo final da indenização a cessação da situação de fato que acarreta o desvio de função.

Sentença proferida em fls. 230/235, mas que foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça para que este juízo procedesse à fase instrutória, saneando o cerceamento de defesa apontado pelos autores, fls. 417.

Com a chegada dos autos, foram realizadas audiências de instrução, fls. 457/459 e fls. 510/511, e após as alegações finais, os autos vieram conclusos para sentença.

É O BREVE RELATO.

DECIDO.

O pleito autoral pretende o pagamento de indenização equivalente às diferenças de remuneração (vencimento-base) entre os seus cargos de Técnico do Seguro Social e o de Analista do Seguro Social, sob o fundamento de estarem em desvio de função ao desempenharem as atividades típicas dos analistas.

2 PRELIMINAR - INÉPCIA DA INICIAL

A peça póstica preenche todos os requisitos exigidos pelos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil e, portanto, não pode ser considerada inepta.

Dessa forma, ainda que o réu entenda que a petição inicial guarda alguns defeitos de ordem processual, tais como a não apresentação clara dos seus fundamentos fáticos, isso, por si só, não é motivo para o seu indeferimento, haja vista que, pela sua simples leitura, é possível aferir-se, indubitavelmente, qual a pretensão almejada pelos autores.

3 MÉRITO

Os autores asseveram que foram aprovados em concurso público e empossados para o cargo de Técnico Previdenciário, hoje Técnico do Seguro Social, porém exercem as funções inerentes ao cargo de Analista do Seguro Social.

Os Arts. 6º e 7º da Lei n.º 10.667, de 14.05.2003, dispõe sobre as atribuições e o ingresso (incluindo a escolaridade) na carreira previdenciária, a ver:

Art. 6º Os cargos de Analista Previdenciário e Técnico Previdenciário, criados na forma desta Lei, têm as seguintes atribuições:

I — Analista Previdenciário:

a) instruir e analisar processos e cálculos previdenciários, de manutenção e de revisão de direitos ao recebimento de benefícios previdenciários;

- b) proceder à orientação previdenciária e atendimento aos usuários;
- c) realizar estudos técnicos e estatísticos; e
- d) executar, em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do INSS;

II — Técnico Previdenciário: suporte e apoio técnico especializado às atividades de competência do INSS.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá dispor de forma complementar sobre as atribuições decorrentes das atividades a que se referem os incisos I e

II —

Art. 7º O ingresso nos cargos de Analista Previdenciário e Técnico Previdenciário dar-se-á sempre no primeiro padrão da classe inicial do cargo, mediante habilitação em concurso público específico de provas ou de provas e títulos.

§ 1º Os concursos poderão ser realizados por área de especialização, conforme dispuser o edital de abertura do certame.

§ 2º São requisitos de escolaridade para ingresso nos cargos efetivos referidos no caput:

I — curso superior completo, para o cargo de Analista Previdenciário; e

II — curso de ensino médio concluído ou curso técnico equivalente, para o cargo de Técnico Previdenciário.

Sobreveio a Lei n.º 10.855, de 01.04.2004, que trouxe algumas modificações, enquadrando os servidores em nível superior, intermediário e auxiliar (art 2º, § 3º c/c Art. 5º); e prevendo que as atribuições do cargo de nível superior, intermediário e auxiliar seriam estabelecidas em regulamento (art. 5º-B), conforme os preceitos abaixo:

Art. 5º Os cargos de provimento efetivo de nível auxiliar e intermediário integrantes da Carreira do Seguro Social do Quadro de Pessoal do INSS cujas atribuições, requisitos de qualificação, escolaridade, habilitação profissional ou especialização exigidos para ingresso sejam idênticos ou essencialmente iguais ficam agrupados em cargos de mesma denominação e atribuições gerais, conforme estabelecido no Anexo V desta Lei, passando a denominar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

I — os cargos de nível auxiliar: Auxiliar de Serviços Diversos; e (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

II — os cargos de nível intermediário: (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

a) Agente de Serviços Diversos; (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

b) Técnico de Serviços Diversos; ou (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

c) Técnico do Seguro Social; (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

III — (revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007)

Art. 5o-A Os cargos de provimento efetivo de nível superior de Analista Previdenciário integrantes da Carreira do Seguro Social do Quadro de Pessoal do INSS, mantidas as atribuições gerais, passam a denominar-se Analista do Seguro Social. (Incluído pela Lei nº 11.501, de 2007)

Art. 5o-B As atribuições específicas dos cargos de que tratam os arts. 5o e 5o-A desta Lei serão estabelecidas em regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.501, de 2007).

O decreto a que se refere o Art. 5º-B da Lei 10.855/04, e que traria as atribuições específicas dos técnicos do seguro social, até a presente data não foi editado.

Até que sobrevenha o decreto regulamentador, as atividades dos analistas encontram definidas no art. 6º, I da Lei 10.667/03, enquanto as do técnico foram dispostas de forma bastante ampla, consistente no "suporte e apoio técnico especializado às atividades de competência do INSS" (art. 6º, II da Lei 10.667/03), ou seja, as tarefas realizadas cotidianamente dentro de qualquer Agência da Previdência Social.

Não me parece possível extrair da legislação um sentido que permita separar com absoluta certeza quais as atividades de um ou do outro cargo. Ao contrário, quando editou a legislação, a intenção do legislador não foi restringir/separar/diferenciar as atividades a serem desenvolvidas pelos Técnicos e Analistas Previdenciários, mas apenas direcionar a competência com relação ao grau de complexidade dos assuntos a serem tratados, de modo que as atividades menos complexas devem ser desenvolvidas pelos Técnicos e as mais complexas devem ser exercidas com o auxílio dos Analistas.

Ademais, a par de qualquer discussão nesse sentido, e em que pese as argumentações dos autores e as informações prestadas pelas testemunhas, entendo que a concessão de diferenças remuneratórias a servidores que tenham desempenhado funções para as quais seriam exigidas credenciais mais elevadas do que aquelas exigidas para os seus cargos originais abriria uma perigosa brecha que poderia dar ensejo a irregularidades no serviço público, permitindo que servidores viessem a desempenhar funções relativas a cargos mais bem remunerados do que os seus próprios visando a burla à regra do concurso público.

Cuida-se, às vezes, de uma irregularidade a ser coibida no sistema de cargos e funções, que, convém, em sua raiz, evitar inclusive falsas expectativas do servidor em obter a alteração da titularidade do cargo originariamente ocupado (possibilidade esta que já restou afastada pelo Supremo Tribunal Federal), seja para obstar a instauração de litígios com o escopo de condenar o ente público ao pagamento imprevisto de verbas indenizatórias generosas, seja, por fim, para desestimular que servidores com habilidades e conhecimentos insatisfatórios exerçam atribuições e responsabilidades que somente deveriam ser cometidas ao verdadeiro titular do cargo.

Trago abaixo as decisões que me fizeram adotar tal posicionamento:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. IBGE. DESVIO DE FUNÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. Lide na qual a autora, nomeada para cargo de nível intermediário (Técnico em Informações Geográficas e Estatísticas), postula o reconhecimento do desvio de função, com o pagamento das diferenças remuneratórias correspondentes a cargo de nível superior (Tecnologista). Não comprovado o desvio de função, afasta-se a aplicação de errônea súmula. Ademais, ainda quando ocorra desvio de função, o direito do servidor desviado é o de retornar ao feixe de atribuições do seu cargo, e nada mais. Não é possível burlar a Constituição e o sistema legal, e deferir diferenças de vencimentos, à custa do saque contra o dinheiro do

contribuinte e sem punição de quem quer que seja. Toda a doutrina clássica sempre se insurgiu contra essa porta aberta ao apadrinhamento e à possibilidade de melhorar a posição de escolhidos, à custa do erário, da isonomia e do acesso igualitário através do concurso. Sentença reformada. Pedido improcedente. Remessa necessária e apelação providas. (TRF2, APELREEX 602125, Rel. Des. Fed. GUILHERME COUTO DE CASTRO, E-DJF2R de 08.10.2013).

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. IBGE. TÉCNICA EM INFORMAÇÕES GEOGRÁFICAS E ESTATÍSTICA. DESVIO DE FUNÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. A sentença, acertadamente, negou o pagamento de indenização a Técnico em Informações Geográficas e Estatística, nível intermediário do IBGE, correspondente às diferenças entre os seus vencimentos e os de Tecnologista, de formação superior, forte na inexistência de prova do desvio de função, pois a documentação demonstra tão somente uma similitude entre as tarefas exercidas pelo autor e aquelas exercidas pelo paradigma de cargo superior, não restando efetivamente comprovado que as atividades desempenhadas pelo autor apresentam responsabilidade e complexidade diversa das atribuições inerentes ao cargo por ele ocupado.
2. Inocorre cerceamento de defesa, a pretexto de não ter sido oportunizada a prova pericial para comprovar o desvio de função, pois cabe ao juízo, seu destinatário, avaliar a conveniência da sua produção. O conjunto probatório resume as avaliações de desempenho da servidora, de 2006, descrevendo suas atividades, 06, descrevendo suas atividades, e os testemunhos, senão inconclusivos, foram colhidos em audiência em 2010, sem distinguir as atribuições afetas ao técnico, de nível intermediário, das tarefas próprias do Tecnologista, de nível superior, que nos termos da lei de regência são muito assemelhadas.
3. A teor da Lei nº 11.355/06, art. 71, os cargos de Técnico, nível intermediário, e de Tecnologista em Informações Geográficas e Estatísticas, formação superior, possuem atribuições semelhantes. A descrição das atividades do autor na sua avaliação de desempenho não convence, definitivamente, do exercício de atribuições de complexidade que autorize o seu enquadramento em cargo diferente de técnico, por ela ocupado, e está longe de comprovar o exercício de todas as funções típicas afetas ao cargo de nível superior de Tecnologista.
4. Ainda que comprovado, o desvio de função não gera direito às diferenças de vencimento e tampouco reenquadramento. Ao servidor desviado cabe exigir o retorno às suas funções, pena de burla ao princípio da isonomia e do acesso igualitário através do concurso público. Aplicação da Súmula 339, do STF, e inteligência do art. 37, II, da CRFB/88 .
5. O desvio de função no serviço público deve ser visto com rigorismo e sob a influência direta dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, ajustando-se o cerne das controvérsias ao comando do art. 37, da Constituição.
6. O princípio geral do concurso público obrigatório para acesso aos quadros permanentes de cargos e funções da Administração Pública, tudo a evidenciar o risco presente nas pretensões indenizatórias por desvio de função, porquanto, nessa via oblíqua ou transversa, abre-se perigoso espaço para consagrar o privilegiamento daqueles que queiram se favorecer, com remuneração acrescida, uma espécie de poupança diferida no tempo, embora, à evidência, sobremodo danosa para o erário.
7. Entre a expropriação do servidor e o interesse público, há que se ponderar a porta que se abre à prática de condutas de chefias acumpliciadas com servidores, mal intencionados ou não, que se aproveitando da

dinâmica funcional ou operacional se deixam lotar neste ou naquele serviço específico, para depois pleitear indenizações .

8. A orientação das Cortes Superiores, portanto, pressupõe o desvio contínuo e ininterrupto de todo o conjunto das funções delegadas, robustamente comprovado por documentos, eis que, tocante a direitos e vantagens salariais, a doutrina e a jurisprudência mostram-se também uníssonas em sustentar a impossibilidade de o servidor, a pretexto de isonomia, pleitear o reconhecimento de situação jurídica diversa daquela na qual ingressou no serviço público.

9. Apelação desprovida. (TRF2, AC 2008.51.01.018622-8, Rel. Des. Fed. NIZETE LOBATO CARMO, E-DJF2R de 03/04/2014).

Não é demais ressaltar que a orientação sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a necessidade de se ressarcir o servidor desviado de função, a par de não inibir ou desencorajar novos desvios, também não se preocupa em frisar a responsabilização da autoridade administrativa que dá azo à anomalia, como se não retratasse a sua conduta, segundo afirmado por parte da doutrina, verdadeira hipótese de improbidade administrativa (vide, por todos, José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, 23a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 663).

Veja-se que os requerentes, nesta demanda, assim como ordinariamente ocorre com todos os autores em demandas semelhantes, em momento algum requerem a cessação do desvio de função, nem tampouco indicam ou qualificam o superior hierárquico responsável pela conduta irregular supostamente cometida. Pleiteiam, isto sim, que seja declarado o seu direito à indenização pecuniária compensatória.

Diante do que foi exposto, não merece respaldo a pretensão dos autores."

4. Hipótese em que se discute o direito dos autores, ocupantes do cargo de Técnico do Seguro Social do INSS, ao reconhecimento do direito à equiparação com a remuneração do cargo de Analista do Seguro Social, ao argumento de que exercem funções inerentes ao segundo cargo.

5. Em que pese tratar-se o desvio de função de ato ilícito perpetrado no âmbito da Administração Pública, é certo que tal ocorrência não pode dar ensejo à percepção pelo servidor de vencimentos de cargo diverso daquele para o qual foi investido por força de concurso público (art. 37, II, da CF/1988).

6. "O posicionamento deste Órgão Julgador é o de que ao servidor é devida, tão somente, a percepção dos vencimentos do cargo para o qual foi admitido, ainda que, de forma errônea, tenha exercido temporariamente outras atribuições. É inadmissível a correção de uma anomalia pela prática de outra, em detrimento do interesse público". (TRF5, 2ª T., PJE 0803443-71.2017.4.05.8400, Rel. Des. Federal Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho, Data de Assinatura: 15/10/2019).

7. De acordo com o art. 6º da Lei 10.667/2003, o cargo de Analista do Seguro social tem as seguintes atribuições: a) instruir e analisar processos e cálculos previdenciários, de manutenção e de revisão de direitos ao recebimento de benefícios previdenciários; b) proceder à orientação previdenciária e atendimento aos usuários; c) realizar estudos técnicos e estatísticos; e d) executar, em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do INSS, ao passo que o cargo de Técnico Previdenciário presta suporte e apoio técnico especializado às atividades de competência do INSS.

8. "Embora algumas atribuições vinculadas ao cargo de técnico sejam semelhantes às de analista, ficando

praticamente impossível a demonstração de desvio, é nítida a diferença entre os dois cargos (dado que têm denominações, funções e remunerações diferentes, e que o ingresso neles se dá através de concursos também distintos), não se podendo pretender o exercício de um deles e a percepção da remuneração do outro. Sendo certo que parte das atribuições do primeiro cargo são assemelhadas ao do segundo, não se pode concluir que o interessado, ao exercê-la, esteja a exercer cargo diferente do próprio. O desvio de função somente se configura quando o servidor desempenha atividade absolutamente díspar da do seu cargo, o que não é a hipótese dos autos". (TRF5, 2ª T., PJE 0800285-23.2017.4.05.8104, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 23/06/2020).

9. Outros precedentes: TRF5, 2ª T., PJE 0800128-87.2016.4.05.8103, Rel. Des. Federal Paulo Cordeiro, Data da assinatura: 26/08/2020; TRF5, 2ª T., PJE 0809027-06.2018.4.05.8103, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data da assinatura: 21/10/2021.

10. Apelação desprovida. Honorários recursais fixados em R\$ 200,00, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, com exigibilidade suspensa.

pc