Recomendação Conjunta PGM e CGM nº 003/2021 de 05 de fevereiro de 2021

A Procuradoria-Geral do Município de Xanxerê, no uso de suas atribuições que lhe confere o artigo 17 da Lei Municipal nº 4.066 de 26 de março de 2019, resolve considerar e recomendar o que segue:

Considerando os princípios constitucionais consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal;

Considerando o disposto no inciso II do artigo 37 da CF:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Considerando que o concurso público é a forma de garantir a eficiência dos serviços prestados à sociedade, eis que existe para apurar os agentes de melhor qualificação, que atendam aos requisitos legais, para exercerem a função para a qual estão capacitados; serão selecionados através de provas, que garantem a todos igual acesso aos cargos públicos e, ao preencherem as exigências, serão contratados pela administração pública,

Dessa forma, ao atribuir função diversa ao funcionário para área que não de sua competência, está caracterizado o desvio de função, gerando a nulidade desses atos, como também sanções aos órgãos públicos, conforme prevê o artigo 37, parágrafo 2º[1] da CF;

---

[1] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]
§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Considerando que a Lei Orgânica do Município de Xanxerê/SC, rege-se pelos princípios constitucionais, notadamente o disposto no artigo 83:

> Art. 83 – A administração pública municipal direta, indireta e fundacional obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, bem como dos direitos assegurados pela Constituição Federal no capítulo da Administração Pública, no que couber, além do que dispor a presente Lei Orgânica.

Considerando o disposto na Súmula Vinculante nº 43 "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido";

Considerando que a única maneira de um servidor desempenhar função diversa de sua investidura, seria a realização de outro concurso público, concorrendo pelas vagas que se encontram ociosas na Administração Pública, sendo este remunerado, e obtendo os direitos decorrentes do cargo;

Considerando a Orientação da Diretoria de Controle de Atos de Pessoal – DAP, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE-SC sobre desvio de função, a qual dispõe sobre as regras a serem respeitadas e observa:

> Desse modo, a eficiência e a eficácia no serviço público somente serão alcançadas se a Administração Pública coibir de forma efetiva e rigorosa o desvio de função do servidor público (ou seja, policial tem que exercer a função de policial, Professor tem que exercer a função de Professor, Enfermeiro tem que exercer a função de Enfermeiro, etc.), mediante controle adequado do exercício do cargo público e aplicação plena do instituto do concurso público, com critérios de seleção apropriados para o cargo a ser provido, e com acompanhamento permanente do servidor durante a sua vida funcional, com avaliações periódicas, para evitar o desvio de função e o exercício do cargo de forma ineficiente, o que certamente repercutirá na qualidade do serviço público prestado à população, bem como dará efetividade aos princípios que regem Administração Pública, em especial aos princípios da moralidade, da eficiência e da impessoalidade.

Considerando a Recomendação expedida pela 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Xanxerê nos autos do Inquérito Civil nº 06.2017.00001675-8 que trata sobre os desvios de função e cessão de servidores no Município de Xanxerê;

Considerando a Portaria nº 011/2020, editada pelo Prefeito do Município de Xanxerê, pela qual foi acatada a Recomendação expedida nos autos do Inquérito Civil nº 06.2017.00001675-8;

Considerando que a servidora Geni Maria Giroletti, ocupante do cargo de auxiliar administrativo, desempenha suas funções no Setor de Medicina e Segurança do Trabalho;

Considerando que a servidora Geni Maria Giroletti ingressou com ação judicial contra o Município de Xanxerê, visando o reconhecimento de desvio de função e a condenação do réu ao pagamento da diferença salarial entre o cargo de auxiliar administrativo e o supostamente exercido – Técnico de Segurança do Trabalho;

Considerando a sentença proferida nos autos do processo nº 0302972-19.2016.8.24.0080 movido por Geni Maria Giroletti, em que o Município de Xanxerê foi condenado ao seguinte:

> Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Geni Maria Giroletti, com fundamento no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, para CONDENAR o Município de Xanxerê ao pagamento de indenização por desvio de função, correspondente aos valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo de auxiliar administrativo e do cargo técnico de segurança do trabalho desde 23.9.2011, descontados os valores já auferidos pela autora e acrescidos os correspondentes reflexos legais. Sobre os valores incidem: a) correção monetária pelo INPC até 29.06.2009, e pelo IPCA-E a partir de 30.06.2009 (STF, RE 870.947/SE (Tema 810), Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017 e publicado em 20/11/2017); b) juros de mora segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com redação alterada pela Lei n. 11.960/2009. Ainda, JULGO EXTINTO o feito com relação ao pleito de reenquadramento funcional, com fundamento no art. 485, inciso VIII, do CPC. Considerando a sucumbência recíproca, diante do pedido de desistência da parte demandante, condeno ambas as partes ao pagamento da custas e honorários advocatícios, na proporção de 30% à autora e 70% ao réu (art. 85, §3º, inciso I, do CPC). Considerando a sucumbência recíproca, diante do pedido de desistência pela parte demandante, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (art. 85, §2º, do CPC), na proporção de 30% para a autora e 70% para a parte ré. Sentença não sujeita à remessa necessária, uma vez que, por óbvio, os valores não ultrapassarão o montante previsto no artigo 496 do CPC. P. R. I. Com o trânsito em julgado, arquive-se.

Considerando que o salário inicial de Técnico em Segurança do Trabalho é de R$ 3.558,34 (três mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e trinta e quatro centavos);

Considerando que a municipalidade foi condenada ao pagamento da diferença salarial até setembro de 2016, desse período até quando permanecer em desvio de função, será criado novo passivo e o Município poderá vir a ser condenado novamente ao pagamento de diferenças salariais;

RECOMENDA-SE que a servidora Geni Maria Giroletti retorne **imediatamente** às funções do seu cargo de origem, uma vez que a justiça já reconheceu o desvio de função.

FERNANDO DAL ZOT
Procurador-Geral do Município de Xanxerê
OAB/SC 35.504

ANDREZA GALLAS
Controladora-Geral do Município de Xanxerê

Ciente 08/02/2022.