

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da ____ Vara
Cível da Comarca de Caraguatatuba do Estado de São Paulo**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO,**

por meio do Promotor de Justiça, *infra*-assinado, no exercício de suas funções legais e constitucionais, com base no artigo 5º, inciso XXXII, artigo 129, inciso III, ambos da Constituição da República; artigos 1º, incisos II e IV, 5º, inciso I e 21 da lei 7.347/85; artigo 25, inciso IV, alínea a, da lei 8.625/93; vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

pelo rito comum, em face do **MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA,** pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ sob o n° 46.482.840/0001-39, que deverá ser citado por meio do Prefeito Municipal, cujo endereço do paço municipal é Rua Luiz Passos Júnior, n° 50, Centro, Caraguatatuba, São Paulo, CEP: 11.660-900, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I - BREVE RESUMO DA LIDE

Tramita nesta Promotoria de Justiça o Inquérito Civil Público n° 14.0233.0000328/2019-7 que apura atos de gestão praticados pelo alcaide que acarretaram em desvio de função de funcionários públicos municipais.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

O procedimento foi instaurado a partir de peças de informações oriundas da 2ª Promotoria de Justiça de Caraguatatuba, que detectou tal prática ao fiscalizar os órgãos que atuam junto à sua atribuição.

Vale destacar que a douta Oficial de Promotoria, com base em mera consulta junto ao Portal da Transparência, obteve informações de desvio de função na Prefeitura Municipal, certidão juntada aos autos por amostragem, fls. 72 do Inquérito Civil Público.

Neste contexto, ante a seriedade do caso, foi baixada portaria de instauração de procedimento investigatório de forma macro, com o fito de apurar o desvio de função não somente nos órgãos afetados à rede de direitos humanos, mas na Administração Pública Municipal como um todo.

Requisitadas as informações, a Prefeitura Municipal, confirmou a prática do desvio de função, fls. 124/153.

Requisitadas novas informações, a Prefeitura Municipal respondeu de forma genérica quantos funcionários públicos existem no Município de Caraguatatuba, quantos desenvolvem cargo em comissão interno e quantos desenvolvem função gratificada, fls. 160/184.

Daí, as bases fáticas da presente Ação Civil Pública, que tem por finalidade determinar que os servidores públicos que estejam em desvio de função sejam alocados em seus respectivos cargos de origem, bem como proibir de vez

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

tal prática no âmbito da Administração Pública Municipal de Caraguatatuba.

II - DAS RAZÕES PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - O DESVIO DE FUNÇÃO É PRÁTICA ILÍCITA E INCONSTITUCIONAL QUE CAUSA DANO AO ERÁRIO PÚBLICO - CASO HAJA NECESSIDADE DE NOVOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS, DEVE O ADMINISTRADOR PÚBLICO REALIZAR CONCURSO PÚBLICO E CONTRATAR PELA FORMA CORRETA - PRÁTICA ILÍCITA QUE DEVE SER PROIBIDA PELO PODER JUDICIÁRIO

Com efeito, toda e qualquer pessoa ao ingressar no serviço público por meio de concurso público sabe de antemão quais serão suas funções e atividades.

Todavia, ao que parece, no Município de Caraguatatuba, é comum que o servidor passe a exercer atividade estranha a sua função.

Em sendo assim, resta configurado no âmbito da administração pública municipal de Caraguatatuba o desvio de função, pois são inúmeros os casos de servidor público que passa a exercer atribuições exclusivas de outro cargo, distintas do cargo para o qual ele prestou concurso público.

O desvio de função é **inconstitucional**, pois viola a regra básica do concurso público, já que determinada pessoa está exercendo atividade e, portanto, ocupando cargo público, de forma indevida, o que viola o artigo 37, inciso II, da Constituição da República.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

Neste sentido, inclusive, é tranquila a jurisprudência dos Tribunais Federados, conforme se infere do enunciado sumular n° 685 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: **"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"**.

Ademais, o desvio de função causa **ainda violação ao princípio da eficiência no serviço público**, pois aquela atividade originária do servidor público em desvio ficará desfalcada em razão dele estar exercendo outra função.

O desvio de função causa também dano ao erário público, pois o servidor, por óbvio, não vai exercer uma função diferente da sua para perceber remuneração menor da qual normalmente recebe.

Por isso, existem inúmeras ações propostas contra o Poder Público em que o servidor busca o reconhecimento às diferenças salariais.

Essa orientação, ao propósito, resta cimentada na jurisprudência pátria, conforme enunciado sumular n° 378 do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*: **"RECONHECIDO O DESVIO DE FUNÇÃO, O SERVIDOR FAZ JUS ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES."**

Em texto de irretocável sapiência, a douta advogada Grazielle Ribeiro bem explica o desvio de função,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

sua ilegalidade e suas consequências negativas para a Administração Pública, *in verbis*:

"DESVIO DE FUNÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO COMO MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE DÁ ALICERCE AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO EM DETRIMENTO DE DIREITOS DO SERVIDOR PÚBLICO E DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E ACARRETA EFEITOS CONCRETOS NA ESFERA DE DIREITOS DO SERVIDOR PÚBLICO.

O ADMINISTRADOR PÚBLICO DEVE SE PAUTAR EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS, E QUALQUER ATO QUE NÃO ENCONTRE BALIZA NA LEI DEVE SER REPELIDO, E OS DANOS REPARADOS, COMO FORMA DE EVITAR UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ARBITRÁRIA E AUTORITÁRIA.

...

UM DOS DEVERES DO SERVIDOR É SER ASSÍDUO E PONTUAL E, POR SUA VEZ, É UM DEVER DA ADMINISTRAÇÃO REMUNERAR O SERVIDOR PELO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES INERENTES À FUNÇÃO DO CARGO OCUPADO.

OCORRE QUE, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR VEZES, NÃO RESPEITA ESSE DEVER, ATRIBUINDO AO SERVIDOR O DESEMPENHO FUNÇÃO DIVERSA DAQUELA PARA QUAL FOI LEGALMENTE INVESTIDO, VIOLANDO O DISPOSTO NO ARTIGO 37,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, QUE EXIGE A PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O ACESSO A CARGO OU EMPREGO PÚBLICO, COM EXCEÇÃO DOS CARGOS DECLARADOS EM LEI COMO CARGOS DE LIVRE NOMEAÇÃO LIVRE E EXONERAÇÃO.

MUITAS VEZES, O DESVIO DE FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É VISTO COMO O MELHOR APROVEITAMENTO DO SERVIDOR EM FUNÇÃO DIVERSA DA QUE LHE DEVE SER ATRIBUÍDA POR LEI, A PRÁTICA É IRREGULAR, ILEGAL E FERRE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS BASILARES, ALÉM DA POSSIBILIDADE DE O DESVIO DE FUNÇÃO ACARREJAR PREJUÍZO AO ERÁRIO.

...

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL É INTRANSIGENTE EM RELAÇÃO À IMPOSIÇÃO À EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO, COMO REGRA A TODAS AS ADMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, VEDANDO EXPRESSAMENTE TANTO A AUSÊNCIA DESTES POSTULADOS, QUANTO SEU AFASTAMENTO FRAUDULENTO POR MEIO DE TRANSFERÊNCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA OUTROS CARGOS DIVERSOS DAQUELE PARA O QUAL FOI ORIGINARIAMENTE ADMITIDO.

DESTARTE, O CONCURSO PÚBLICO É O MEIO OBRIGATÓRIO PARA O ACESSO AO CARGO PÚBLICO,

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

SEM O QUAL O ADMINISTRADOR PÚBLICO AFRONTARÁ DIRETAMENTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA LEGALIDADE.

...

O DESVIO DE FUNÇÃO SE CONFIGURA A PARTIR DE DISPARIDADES ENTRE AS ATIVIDADES FORMALMENTE ATRIBUÍDAS AO SERVIDOR E AQUELAS EFETIVAMENTE DESEMPENHADAS.

A MATÉRIA ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL NÃO PERMITE QUE O SERVIDOR VENHA EXERCER FUNÇÕES DISTINTAS DAQUELAS QUE CARACTERIZAM O CARGO PARA O QUAL PRESTOU CONCURSO PÚBLICO.

...

O DESVIO DE FUNÇÃO, ENQUANTO ATO ILEGAL ESTABELECE UMA SITUAÇÃO EIVADA DE NULIDADE, NÃO SE RECONHECENDO QUALQUER DIREITO DE ACESSO AO CARGO CORRESPONDENTE ÀS ATRIBUIÇÕES EXERCIDAS, CABENDO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA O DEVER DE INDENIZAR AS DIFERENÇAS DOS VENCIMENTOS.

...

... A ESSES SERVIDORES É DEVIDA À PERCEPÇÃO DOS VALORES REFERENTES À DIFERENÇA

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

DA REMUNERAÇÃO PELO PERÍODO TRABALHADO EM DESVIO DE FUNÇÃO, COMO FORMA DE INDENIZAÇÃO, COM A FINALIDADE DE SE IMPEDIR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

...

O DESVIO DE FUNÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO CONFIGURA, SEM DÚVIDA, UMA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA OBRIGATORIEDADE DOS CONCURSOS PÚBLICO, É FLAGRANTE A INTENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRAUDAR A LEGISLAÇÃO VIGENTE, SOB A JUSTIFICAÇÃO DE MELHOR UTILIZAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO.

O SERVIDOR TEM O DIREITO DE EXERCER AS ATRIBUIÇÕES INERENTES AO CARGO QUE OCUPA E O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DIVERSA ENSEJA DIREITO DE INDENIZAÇÃO, REFERENTE À DIFERENÇA REMUNERATÓRIA ENTRE O CARGO OCUPADO E CARGO INERENTE À FUNÇÃO EXERCIDA DE FORMA INDEVIDA. NÃO SE PODE PERMITIR UM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO, SOB A ÉGIDE DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, SOB RISCO DE TORNAR ROTINEIRA UMA PRÁTICA ILEGAL DENTRO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

...

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

O DESVIO DE FUNÇÃO DEVE SER REPUDIADO
PELOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS, PELOS
SERVIDORES (QUE PODEM E DEVEM SE NEGAR A
REALIZAR TAREFAS ALHEIAS AO CARGO PARA O QUAL
FORAM INVESTIDOS), E TAMBÉM PELO JUDICIÁRIO,
QUE NÃO PODE CONCEDER INDENIZAÇÃO ÀQUELES
QUE SABIAM ESTAR AGINDO ÀS MARGENS DA LEI."

(Disponível em:
<https://grazielleribeirojus.jusbrasil.com.br/artigos/672398820/o-desvio-de-funcao-de-servidores-publicos-ocupantes-de-cargo-efetivo-e-seus-efeitos-no-mundo-juridico>).

Por amostragem, a certidão de fls. 72 dos autos do Inquérito Civil Público, que tem fé pública, demonstra efetivamente que o desvio de função é prática comum na administração pública municipal de Caraguatatuba, senão vejamos:

Nome do servidor	Cargo Informado pela SEDESC	Cargos Informado no Portal da Transparência
Ana Alice Cardoso da Costa	Assistente Social do CREAS	Cargo Efetivo: Educador Social Cargo Designado: Encarregada pela atendimento e

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA
Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

		triagem do CRAS-SUL
Eduardo Giglio Prado de Andrade	Advogado CREAS/CIAM	Cargo efetivo: agente administrativo
Lylyan Mary Nascimento Mansano	Assistente social/coordenadora do CRAS Centro	Cargo efetivo: Assistente Social Cargo Designado: Diretor do Departamento de Proteção Social Especial
Márcia Denise Gusmão Camargo	Assistente Social do CIAM	Cargo Efetivo: Assistente Social Cargo Designado: Encarregada pela coordenação do CREAS

De igual forma, os fatos narrados na Representação n° 43.0233.0000323/2019-2 do Conselho Regional de Serviço Social, anexa ao inquérito civil que instrui a presente ação civil pública, dá conta de que desde o ano de 2017 aquele órgão de controle vem detectando desvio de função

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, nº 48, Centro, CEP. 11.660-200

no âmbito da administração Pública Municipal de Caraguatatuba no tocante aos serviços de assistência social.

Saliente-se que, nem mesmo a alegação de **necessidade** socorre ao alcaide, pois caso ele verifique em concreto a imprescindibilidade da função, deveria ele abrir concurso e contratar profissional apto para o desempenho da atividade, e não dar causa ao desvio de função e colocar um servidor, às vezes inapto, para exercer atividade que não é de sua atribuição.

Outrossim, também não exculpa o administrador a alegação de tais pessoas estariam em cargos em comissão ou exercendo função gratificada.

Ora, o cargo em comissão e a função gratificada são questões inerentes à política que deve ser desenvolvida pelo administrador público, mas não podem servir de fundamento para legitimar o ilícito desvio de função pública.

Não há como se entender, por exemplo, que um servidor que seja agente administrativo desempenhe atividade de advogado do Poder Público, conforme se infere da certidão de fls. 72 do Inquérito Civil Público.

Ao que parece, a administração pública municipal de Caraguatatuba vem legitimando o desvio de função fundamentando como se estivesse concedendo ao servidor cargo em comissão ou função gratificada, o que beira as raias da improbidade administrativa, pois, repita-se, se a

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

necessidade é permanente o cargo deve ser preenchido pelo competente concurso público.

De mais a mais, deve-se ressaltar que a presente ação civil pública não tem o condão de se imiscuir na função administrativa atrelada ao Poder Executivo.

O que se analisa nesta ação civil pública é a ilegalidade do desvio de função que vem sendo praticada pela administração pública municipal de Caraguatatuba em larga escala.

Trata-se, portanto, de um controle judicial de legalidade e não de mérito administrativo.

Por fim, não se dúvida que o ato também pode caracterizar improbidade administrativa, mas tal prática poderá ser analisada de forma concreta, em outro procedimento, pois o objetivo desta ação é fazer com que todos os servidores públicos que estejam em desvio de função retornem ao seu cargo de origem e proibir, de vez, o desvio de função no âmbito da administração pública do Município de Caraguatatuba.

Destarte, haja vista a manifesta ilegalidade da prática do desvio de função, não há duvidar da imprescindível procedência do pedido.

III - DA NECESSÁRIA LIMINAR

Ante a esses argumentos, verifica-se que estão presentes todos os requisitos para a concessão de

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, n° 48, Centro, CEP. 11.660-200

tutela provisória para que o réu determine o retorno de todos os servidores que estão em desvio de função para seu cargo originário, inclusive com a redução das respectivas remunerações.

Isso porque, a prova documental que instrui a presente demanda, documentos oriundos do próprio réu, que confirmam a prática ilegal no âmbito da administração pública municipal, já é fundamento mais que suficiente para a concessão da tutela provisória da espécie evidência, artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, eis que comprovam as alegações de fato.

Outrossim, o mero fato desses servidores continuarem a perceber remuneração por função que não faz parte de sua atribuição, também é fator suficiente para a concessão da tutela provisória da espécie urgência, artigo 300 do Código de Processo Civil, haja vista que há risco concreto de dano irreparável ou de difícil reparação, pois o dano ao erário no caso é evidente.

O não deferimento da liminar significa a manutenção do ilícito, eis que se permitirá que o réu continue com a prática ilegal do desvio de função.

IV - DA CONCLUSÃO**IV. 1 - DA LIMINAR**

São tais as razões, portanto, que fazem com que o Ministério Público pugne pelo seguinte:

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA

Rua Engenheiro João Fonseca, nº 48, Centro, CEP. 11.660-200

A - Seja deferida liminar, com esteio nos artigos 300 e 311, inciso II, do Código de Processo Civil, a fim de que seja determinado que o **MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA** determine o retorno aos seus respectivos cargos originários de todos os servidores municipais que se encontram em desvio de função. Deve o **MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA** comprovar nos autos no prazo de 5 (cinco) dias o total cumprimento da liminar, descrevendo todos os servidores que foram realocados em seus cargos de origem, sob pena de reconhecimento de *contempt of court*, ato atentatório à dignidade da jurisdição, artigo 77, inciso IV, do Código de Processo Civil, aplicando-se multa pessoal ao Prefeito Municipal em razão do descumprimento de decisão judicial;

IV. 2 - NO MÉRITO

B - A citação do réu para que, caso queira, conteste o pedido;

C - A procedência do pedido, a fim de que:

1 - o **MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA** seja compelido a realocar em seus respectivos cargos originários todos os servidores municipais que se encontram em desvio de função;

2 - o **MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA** fique terminantemente proibido de realizar a prática do desvio de função, eis que constitui prática ilícita e inconstitucional;

D - A condenação do réu ao pagamento de custas e demais despesas processuais;

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE CARAGUATATUBA
Rua Engenheiro João Fonseca, nº 48, Centro, CEP. 11.660-200**V - DAS PROVAS**

Pugna o Ministério Público pela produção de todas as provas admitidas pelo direito.

VI - DO VALOR DA CAUSA

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) em cumprimento ao artigo 291 do Código de Processo Civil.

Caraguatatuba, 12 de maio de 2020.

Renato Queiroz de Lima

Promotor de Justiça