AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.437.130 - PE (2019/0019973-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	MUNICÍPIO DE OLINDA
PROCURADORES	:	PAULO ROBERTO DE CARVALHO MACIEL E OUTRO(S) - PE020836 IGOR AUGUSTO OLIVEIRA LINS - PE027812
AGRAVADO	:	JOAO DA SILVA VIEIRA
ADVOGADO	:	ALEXSANDRA SERRA PIRES REBÊLO - PE014777

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial manejado pelo **Município de Olinda** contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, assim ementado (fls. 185/186):

> *EMENTA. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ADICIONAL DE RISCO DE VIDA. DESVIO DE FUNÇÃO. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. JULGAMENTO. PRELIMINAR DE FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. REJEITADAS. MÉRITO. RECONHECIMENTO DO DESVIO DE FUNÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA EM RAZÃO DA FUNÇÃO EXERCIDA, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM FAVOR DO ENTE MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA 378/STJ. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO. PREJUDICADO O VOLUNTÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME.*
>
> *1. A parte demandada houve por alegar em primeiro grau da falta de condição da ação, sob a tese de falta de provas de que o demandante houvesse exercido a função de agente de segurança.*
>
> *2. Ora, por óbvio, o Judiciário não pode se negar à apreciação da lide sem antes oportunizar às partes a produção das provas requeridas, que entender necessárias.*
>
> *Ademais, em sede de apreciação das condições da ação, observa-se a apresentação dos documentos de fls.14 às fls.19, no qual se tem a apresentação prévia de contexto probatório indicativo do interesse de agir do demandante em face do*

presente pleito.

3. Noutro ponto, em sede de preliminar, tem-se a parte demandada arguindo da prescrição do fundo do direito. Apreciando, cabe considerar que a controvérsia trata do direito a recebimento de adicional de risco de vida, pelo exercício da função de agente de segurança; e, portanto, de natureza propter laborem, o que evidencia relação jurídica de trato sucessivo.

4. Preliminares rejeitadas.

5. No mérito, a controvérsia se encontra cingida em apreciar se o demadante tem o direito a receber o adicional de risco de vida, por ter exercido a atividade de agente de segurança municipal, não obstante em desvio de função do cargo de auxiliar administrativo municipal, no qual foi originariamente investido.

6. No caso, a Administração Pública Municipal teria pleno conhecimento das atividades desempenhadas pelo referido servidor e, portanto, do desvio de função praticado, pois consoante documentos de fls.14 às fls.19, o referido servidor já havia solicitado administrativamente o pagamento do referido Adicional de Risco de Vida, em razão do desvio de função, desde de 18/02/2005, pois se encontrava exercendo a função de agente de segurança desde de 2002.

7. Diante desse fato, tem-se evidente que a Administração Pública anuiu à situação irregular do referido servidor, e, por óbvio, não pode se favorecer da sua própria torpeza, de modo a lhe negar direito a recebimento de verba devida em razão da atividade, efetivamente, desempenhada.

8. Portanto, o que se deve ponderar é da impossibilidade de se permitir o enriquecimento sem causa do Ente Municipal, bem como de se atentar para o Princípio da Isonomia, eis que não se pode permitir, outrossim, que o servidor venha a exercer, conquanto em desvio de função, atividade específica de um cargo público e não passe a auferir a remuneração correspondente a esse cargo; mormente, considerando a total ciência, no caso, da Administração Pública.

9. A mera alegação de que haveria uma indicação administrativa em razão de consulta jurídica orientando a Administração Municipal de que o servidor se encontrava em desvio de função não elide a situação da ausência de ordem administrativa expressa, cuja eficácia dos atos administrativos demandam o exercício de poder de polícia e poder
disciplinar. Portanto, do que se verifica, o desvio de função praticado pelo servidor, tinha a total anuência do Ente Municipal.

10. No mais, cumpre aplicar a legislação local, no que se refere ao pagamento do Adicional de Risco de Vida ou à Saúde, nos moldes previstos no artigo 77, inciso III, e artigo 80 da LCM n0 01/90, regulamentado pelo Decreto Municipal n0 052/2001, com as alterações promovidas pelo Decreto Municipal n0 268/2008,

> *pelo que qual se prevê o pagamento do referido adicional àqueles servidores que estejam no desempenho da função de agente de segurança como ocorre no presente caso.*
> *11. Aplicação ao caso da Súmula 378 do STJ.*
> *12. Precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ.*
> *13. Dessarte, à vista das provas existentes nos autos, cumpre manter o entendimento declinado pelo juízo de primeiro.*
> *14. Reexame necessário não provido. Prejudicado o voluntário. Sentença mantida.*
> *Decisão unânime.*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015 (fls. 211/223).

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação ao art. 373, I do CPC/2015. Sustenta a não ocorrência do desvio de função, sob o argumento de que *"não há nos autos, portanto, quaisquer evidências de que as atividades por ele exercidas acarretavam algum tipo de risco a sua saúde, porquanto necessitaria de realização de perícia específica e circunstanciada no bojo do proceso. O que há, em definitivo, são provas de que o ex-servidor ora recorrido exerceu o cargo de auxiliar administrativo até a data de sua aposentadoria em 01/10/2012, cargo este que não detém, no seu grupo de funções, a de AGENTE DE SEGURANÇA"* (fl. 238).

É o relatório.

A irresignação não comporta acolhida.

Com efeito, o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência do desvio de função, conforme extrai-se da seguinte fundamentação (fls. 189/191):

> *Mérito recursal - adicional de risco de vida - desvio de função - exercício da função de agente de segurança indicação administrativa para que houvesse o retorno do servidor ao cargo originariamente investido de auxiliar administrativo - ofensa de preceito constitucional e das normas locais - cargo incompativel com a concessão de adicional de risco de vida - Julgamento - observância de que Administração Municipal teria total ciência da situação irregular - observância de que uma consulta interna ao Departamento Jurídico Municipal não tem o condão de impor exercício de cargo público - inexistência de ordem administra expressa de retorno ao cargo de origem - concordância tácita com o desvio de função exercido -*

impossibilidade do servidor deixar de receber pelo trabalho realizado - enriquecimento ilícito municipal que deve ser afastado - apelo não provido.

No mérito, a controvérsia se encontra cingida em apreciar se o demadante tem o direito a receber o adicional de risco de vida, por ter exercido a atividade de agente de segurança municipal, não obstante em desvio de função do cargo de auxiliar administrativo municipal, no qual foi originariamente investido.

Primeiramente, deve se observar que Administração Pública Municipal teria pleno conhecimento das atividades desempenhadas pelo referido servidor e, portanto, do desvio de função praticado, pois consoante documentos de fls.14 às fls.19, o referido servidor já havia solicitado administrativamente o pagamento do referido Adicional de Risco de Vida, em razão do desvio de função, desde de 18/02/2005, pois se encontrava exercendo a função de agente de segurança desde de 2002.

Diante desse fato, tem-se evidente que a Administração Pública anuiu à situação irregular do referido servidor, e, por óbvio, não pode se favorecer da sua própria torpeza, de modo a lhe negar direito a recebimento de verba devida em razão da atividade, efetivamente, desempenhada.

No caso, pois, o que se deve ponderar é da impossibilidade de se permitir o enriquecimento sem causa do Ente Municipal, bem como de se atentar para o Princípio da Isonomia, eis que não se pode permitir, outrossim, que o servidor venha a exercer, conquanto em desvio de função, atividade específica de um cargo público e não passe a auferir a remuneração correspondente a esse cargo; mormente, considerando a total ciência, no caso, da Administração Pública.

Por outro lado, a mera alegação de que haveria uma indicação administrativa em razão de consulta jurídica orientando a Administração Municipal de que o servidor se encontrava em desvio de função não elide a situação da ausência de ordem administrativa expressa, cuja eficácia dos atos administrativos demandam o exercício de poder de polícia e poder disciplinar.

Portanto, do que se verifica, o desvio de função praticado pelo servidor, tinha a total anuência do Ente Municipal.

No mais, cumpre aplicar a legislação local, no que se refere ao pagamento do Adicional de Risco de Vida ou à Saúde, nos moldes previstos no artigo 77, inciso III, e artigo 80 da LCM no 01/90, regulamentado pelo Decreto Municipal no 052/2001, com as alterações promovidas pelo Decreto Municipal no 268/2008, pelo que qual se prevê o pagamento do referido adicional àqueles servidores que estejam no desempenho da função de agente de segurança como ocorre no presente caso.

Sobre o tema, cabe observar o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal firmando que:

(...)

> *Corrobora-se ainda o presente entendimento, ademais, em virtude do previsto pela Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça, no que dita:*
> *(...)*
> *Assim, portanto, tem-se por escorreito o entendimento sentenciai, à vista da comprovação de que houve o desvio de função, inclusive, pelo reconhecimento da própria Administração Municipal.*

Integrada em sede de embargos de declaração (fl. 222):

> *(...)*
> *Portanto, como se pode observar, a questão referente ao fundo do direito pleiteado houve por se debatida em face das provas apresentadas e de acordo legislação municipal vigente, restando evidente que o órgão julgador houve por reconhecer o desvio de função assumido pelo Administração Pública Municipal; vindo a destacar, ademais, que na própria legislação municipal já haveria previsão de que o exercício da atividade de agente de segurança municipal ensejaria o adicional de risco de vida, nos termos do referido Decreto Municipal no 52/2001. Nesse contexto, de proveito, cabe trazer à colação o disposto na referida legislação municipal, a se ver:*

Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, bem como exame de legislação local, providências vedadas em recurso especial, conforme os óbices previstos nas Súmulas 7/STJ e 280/STF.

Em reforço:

> *PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 NÃO CONFIGURADA. DESVIO DE FUNÇÃO. OPERADOR DE MÁQUINAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA COM BASE EM LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA "A". DISSÍDIO PRETORIANO PREJUDICADO.*
> *1. Preliminarmente, constata-se que não se configura a ofensa aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.*

2. O Tribunal a quo, com base no contexto fático-probatório dos autos, afastou a ocorrência de desvio de função porque entende: "Comparando as disposições das leis municipais referidas, percebe-se que as funções desempenhadas pelo Operador de Máquinas e pelo Operador de Máquinas Especiais são praticamente as mesmas, havendo duas denominações diversas para cargos semelhantes existentes no âmbito de cada autarquia." (fl. 446, e-STJ). Conclusão diversa da alcançada pela Corte de origem exige reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do Recurso Especial por força da Súmula 7/STJ.
3. Além disso, a apreciação das questões suscitadas pelo recorrente foi solucionada com base nas Leis Municipais 6.253/1988 (Plano de Carreira dos Servidores do Departamento Municipal de Limpeza Urbana) e 6.203/1988 (Plano de Cargos dos Funcionários do Departamento Municipal de Águas e Esgotos), o que faz incidir, por analogia, o óbice constante da Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, in verbis: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".
4. Por fim, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
5. Recurso Especial não conhecido.
(**REsp 1683043/RS**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. AGENTE ADMINISTRATIVO E SOCIÓLOGO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 7/STJ E 280/STF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 e 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.
1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.
2. O exame da controvérsia acerca da comprovação do desvio de função, tal como enfrentada pelas instâncias ordinárias e colocada no especial, exigiria a análise das provas dos autos e da Lei Estadual 13.417/2010, esbarrando nos óbices das Súmulas 280/STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário") e 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(**AgRg no REsp 1579977/RS**, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator