AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.665 - RJ (2018/0189928-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE	:	MÔNICA MENDANHA PIQUET DE ALCANTARA
ADVOGADO	:	CARLOS ALBERTO BOECHAT RANGEL E OUTRO(S) - RJ064900
AGRAVANTE	:	FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA - IBGE
AGRAVADO	:	OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DESVIO DE FUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DO FEITO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MÔNICA MENDANHA PIQUET DE ALCANTARA contra decisão da Corte de origem que não admitiu o recurso especial em razão da incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ.

O apelo nobre obstado enfrenta acórdão, assim ementado (fls. 383-384):

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. IBGE. AGRAVO RETIDO CONTRA INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. LEI N° 11.355/06. TÉCNICO DE INFORMAÇÕES GEOGRÁFICAS E ESTATÍSTICAS. DESVIO DE FUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. DIFERENÇAS SALARIAIS. DESCABIMENTO.
>
> 1. Discute-se a possibilidade de configuração de desvio de função de servidor público, com consequente pagamento de diferenças remuneratórias entre o cargo de nível médio e o cargo de nível superior a título de indenização.
>
> 2. Não há cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de realização de prova pericial e testemunhal, pois cabe ao Magistrado analisar a suficiência dos elementos trazidos ao feito, indeferindo as provas que considerar inúteis ou dispensáveis (STJ, 3' Turma, AgRg no AREsp 292.739, Rel. Min.
>
> SIDNEI BENETI, DJE 3.5.2013).
>
> 3. O art. 37, II, da Constituição Federal não admite a investidura em cargo público de maneira derivada, vedando-se o provimento através de ascensão funcional, enquadramento, transposição ou transferência de cargos ou qualquer outra denominação.
>
> 4. No entanto, os Tribunais Superiores possuem entendimento de que deve ser reconhecido a servidores públicos em desvio de função o direito a pleitear, a título de verbas indenizáveis, as diferenças remuneratórias derivadas dessa peculiar situação jurídica, com fundamento na vedação geral do enriquecimento ilícito, por parte da Administração Pública (TRF2; 6' Turma Especializada; AC 2014.50.01.003515-7, Rel. Des. Fed.

> GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, E-DJF2R 22.2.2017).
> 5. Para a caracterização de desvio de função, o seu exercício deverá ser demonstrado com clareza, bem como a função indevida deve ser exercida permanentemente e com exclusividade pelo servidor.
> 6. Pela análise da Lei n° 11.355/06, que trata da carreira dos servidores do IBGE, extrai-se que no âmbito do cargo de nível intermediário dessa autarquia é possível exercer atividades relacionadas à produção, análise e disseminação de dados e informações de natureza estatística, geográfica, cartográfica, geodésica e ambiental, ou seja, funções compatíveis com as realizadas pela demandante.
> 7. Acrescenta-se que essa legislação em nenhum momento veda a designação de servidor ocupante de cargo de nível médio para a chefia de algum setor, nem mesmo faz restrições à ocupação de tal atribuição apenas por servidor de nível superior.
> 8. O fato de o servidor possuir formação acadêmica superior e conhecimentos técnicos compatíveis com cargo mais elevado, por si só, não gera direito à percepção de qualquer tipo de indenização pelos serviços prestados ao ente administrativo ao qual está vinculado.
> 9. Apelação e agravo retido não providos.

Opostos aclaratórios pelas partes, esses foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base na alínea '*a*', do permissivo constitucional, a recorrente alega violação: **a)** do artigo 332 do CPC/1973, ao argumento de que é nula a sentença de primeiro grau, que impediu a instrução probatória, mediante perícia e oitiva de testemunhas, e julgou improcedente o pedido, em nítido cerceamento do direito à defesa. Para tanto, aduz que "o que está em jogo é justamente a apreciação correta da situação fática do labor da Recorrente, o que depende não apenas de documentos, mas também da atividade de perito especializado, apto a determinar a que atribuições correspondem as atividades efetivamente exercidas pelo servidor e, especialmente, do depoimento de testemunhas" (fl. 456); **b)** do art. 117, XVII, da Lei 8.112/1990, porquanto o acórdão recorrido "permitiu à Administração compelir o Recorrente ao desempenho de atividades que não são de seu cargo" (fl. 462); **c)** dos arts. 884 e 885 do Código Civil, haja vista que o desvio de função ocasiona "o enriquecimento sem causa da Administração, que se aproveita do trabalho mais qualificado e de maiores responsabilidades sem a devida contraprestação ao servidor" (fl. 464); **d)** do art. 4º da Lei 8.112/1990, segundo o qual é vedada a prestação de trabalho gratuito.

Com contrarrazões.

Neste agravo impugna os fundamentos da decisão agravada, aduzindo estarem preenchidos os requisitos inerentes ao conhecimento de seu apelo especial.

É o relatório. Decido.

Tendo a agravante impugnado os fundamentos da decisão agravada, passo a apreciação do apelo especial.

A Corte de origem, ao apreciar a controvérsia, assentou (fls. 378-382):

> [...]
> A demandante ajuizou a presente demanda sustentando que, apesar de ser ocupante do cargo de técnico de informações geográficas e estatísticas, tem atribuições condizentes com cargo de nível superior, estando em desvio de função, o que lhe garante o direito ao pagamento de indenização pecuniária correspondente à diferença entre a remuneração do cargo de nível médio que ocupa e o cargo de nível superior.
> Preliminarmente, nego provimento ao agravo retido pelos motivos a seguir expostos.

Não há que se falar em cerceamento de defesa em razão do indeferimento da realização de prova pericial e testemunhal, pois a demandante produziu outras provas no curso da demanda, constando nos autos todos os elementos necessários ao deslinde do caso.

Ressalte-se que o Juízo a quo não julgou improcedente o pedido por insuficiência de provas, mas por entender que "não obstante a ocorrência do desvio de função ora tratado, tal fato não autoriza o enquadramento do servidor em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, consoante determina o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, o qual requer a prévia aprovação em concurso público, ressalvando, naturalmente, as nomeações para cargo em comissão".

Desta forma, **não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que cabe ao Magistrado analisar a suficiência dos elementos trazidos ao feito, indeferindo as provas que considerar inúteis ou dispensáveis.**

[...]

Em relação ao mérito, esclareço que o art. 37, II, da Constituição Federal não admite a investidura em cargo público de maneira derivada, vedando-se o provimento através de ascensão funcional, enquadramento, transposição ou transferência de cargos ou qualquer outra denominação.

No entanto, os Tribunais Superiores possuem entendimento de que deve ser reconhecido a servidores públicos em desvio de função o direito a pleitear, a título de verbas indenizáveis, as diferenças remuneratórias derivadas dessa peculiar situação jurídica, com fundamento na vedação geral do enriquecimento ilícito, por parte da Administração Pública (TRF2; 6' Turma Especializada; AC 2014.50.01.003515-7, Rel. Des. Fed. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, E-DJF2R 22.2.2017).

Acrescenta-se que para a caracterização de desvio de função, o seu exercício deverá ser demonstrado com clareza, bem como a função indevida deve ser exercida permanentemente e com exclusividade pelo servidor.

A Lei n° 11.355/06, que trata da carreira dos servidores do IBGE, estabelece as funções a serem desempenhadas por cada cargo, nos seguintes termos:

[...]

Pela análise do referido dispositivo, extrai-se que no âmbito do cargo de nível intermediário dessa autarquia é possível exercer atividades relacionadas à produção, análise e disseminação de dados e informações de natureza estatística, geográfica, cartográfica, geodésica e ambiental, ou seja, funções compatíveis com as realizadas pela demandante.

Ademais, **essa legislação em nenhum momento veda a designação de servidor ocupante de cargo de nível médio para a chefia de algum setor, nem mesmo faz restrições à ocupação de tal atribuição apenas por servidor de nível superior.**

Por fim, deve-se ressaltar que o fato de o servidor possuir formação acadêmica superior e conhecimentos técnicos compatíveis com cargo mais elevado, por si só, não gera direito à percepção de qualquer tipo dc indenização pelos serviços prestados ao ente administrativo ao qual está vinculado.

[...]

Ao apreciar os aclaratórios opostos por ambas as partes, a Corte *a quo* repisou

"o voto condutor do acórdão embargado, ao contrário do alegado pela demandante, **não** julgou improcedente o pedido por insuficiência de provas, **mas por restar comprovada a não ocorrência do desvio de função, em razão das atividades desempenhadas pelo demandante serem compatíveis com o seu cargo**" (fl. 419)

Observa-se, dessa feita, que, quanto a alegada violação dos arts. 4º e 117, XVII, da Lei 8.112/1990, bem como 884 e 885 do Código Civil, infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem pressupõe efetivamente reexaminar o arcabouço probatório do feito, sobretudo porque expresso o acórdão recorrido, quanto a compatibilidade das atividades desempenhadas pela ora agravante com as funções do cargo público que ocupa. Aplicável ao caso o teor da Súmula 7/STJ.

Quanto a violação do art. 332 do CPC/1973, face ao indeferimento da dilação probatória, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Assim, não há violação ao arts. 130 e 131 do CPC quando o juiz, em decisão adequadamente fundamentada, defere ou indefere a produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental" (AgInt no AREsp 579.011/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3/8/2017). Além disso, a discussão sobre à necessidade de dilação probatória na espécie, implicaria também o reexame dos fatos e provas delineados nos autos, providência que e vedada em face da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Inexiste cerceamento defesa quando julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova documental.
>
> 2. O art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio da persuasão racional, segundo qual o magistrado fica habilitado a julgar a demanda, conforme seu convencimento, "à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto", rejeitando, por conseguinte, "diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual" (AgR no Ag 60.78/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma). [...] (AgRg no REsp 1.096.147/SC, Rel. Min. Arnaldo Estevs Lima, Primeira Turma, DJe 18/3/2001).
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE

AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. APONTADA LEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.
[...] 3. É inviável rever, em sede de recurso especial, a adequação do julgamento antecipado da lide calcado em suficiência do conjunto probatório, incidindo o óbice da súmula 7/STJ. [...] (AgRg no AREsp 8407 / DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje 9/4/2014,).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRE DO MANDATO. ART. 42 DA LC 101/2000. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ. CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO.
1. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.
2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. [...] (REsp 1.252.341/SP. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1709/2013).

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO ENVIADA POR CORREIO ELETRÔNICO. INTEMPESTIVIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
[...] 2. É inviável a discussão sobre cerceamento de defesa quando o aresto recorrido fundamenta seu convencimento em elementos constantes dos autos do processo, conforme o enunciado da Súmula 7/STJ. [...] (AgRg nos EDcl no AREsp 111.803/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013)

Ante o exposto, **conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.**
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro BENEDITO GONÇALVES
Relator