

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.572 - ES (2019/0132736-8)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : SANDRA IZABEL ALTOE CAPUCHO
ADVOGADO : ALEXANDRE SEVERIANO DUARTE - ES011877
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 6º DA LEI Nº 10.667/03. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DO INSS. ALEGADO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DE ANALISTA DO INSS. DIREITO À PERCEPÇÃO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA. MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO INVOCADO. SÚMULA Nº 211/STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por Sandra Izabel Altoe Capucho em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou admissibilidade a recurso contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 365):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. DESCABIMENTO.

- Cinge-se a controvérsia ao exame da possibilidade de reconhecimento do alegado desvio de função, bem como de percepção das diferenças remuneratórias, entre o cargo que ocupa e o cargo correspondente às atribuições que, efetivamente, alega ter desempenhado.

- A Constituição Federal preceitua, em seu artigo 37, II, que 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.

- Destarte, a Constituição do Brasil não admite o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele que é titular, sob pena de ofensa do disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição de 1988.

- Em relação às diferenças remuneratórias em razão do desvio de função, em que pese o entendimento firmado no âmbito do STJ, cristalizado no enunciado da Súmula de nº 378, filio-me a corrente que vem sendo adotada por esta Egrégia Oitava Turma Especializada, no sentido de não reconhecer a possibilidade de remunerar o servidor à luz de pagamento de outra função para a qual não foi investido no cargo público.

- A remuneração dos agentes públicos requer expressa previsão legal sendo

inerente ao cargo que ocupa. Destarte, ao se acolher a pretensão dos demandantes, de serem remunerados por cargo diverso para o qual foram nomeados, estaria, em verdade, violando o texto Constitucional, pois, na prática, se obteria o mesmo resultado que o servidor teria se fosse enquadrado em novo cargo, situação vedada no referido artigo 37, II, da Constituição.

- Precedentes citados.

- Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados conforme acórdão juntado às e-STJ fls. 380/386.

Nas razões do recurso especial, interposto com base no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, a recorrente alega, em síntese, violação ao art. 6º da Lei nº 10.667/03 e à Lei nº 11.507/07, ao argumento de que embora tenha sido empossada no cargo de Técnico Previdenciário/Técnico do Seguro Social, estaria exercendo as atribuições do cargo de Analista Previdenciário/Analista do Seguro Social, previstas em referido dispositivo, fazendo jus à diferença remuneratória decorrente do seu desvio de função, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, nos termos da Súmula nº 378/STJ.

Sustenta que "está lotada na função de Técnico Previdenciário/Técnico do Seguro Social da agência do INSS de Nova Venécia/ES, está em clara situação de desvio de função, uma vez que, conforme demonstrado nos autos, não há nenhum Analista do Seguro Social atuando na agência de Nova Vencia, havendo apenas técnicos, razão pela qual estes têm que exercer todas as atividades afetas ao INSS" (e-STJ fl. 395), e que "juntou diversas comprovações de processos em que atuou e as atividades que desempenha, tais como análise e concessão de benefícios de quaisquer espécies e indeferimento de benefícios sem a CTPS assinada, funções que são típicas do cargo de Analista do Seguro Social, ou seja, que comprovadamente exerce funções estranhas ao cargo que ocupa, fato este que foi ignorado pela nobre julgadora" (e-STJ fl. 396).

Aduz que "As tarefas realizadas pela servidora em questão têm encaixe perfeito nas atribuições de Analista Previdenciário/Analista do Seguro Social. Assim sendo, restou comprovado nos autos que a Recorrente realiza atividades de análise de processos que dizem respeito à concessão ou indeferimento de benefícios previdenciários, o que é atividade que deve ser feita pelos Analistas." (e-STJ fl. 397).

Por fim, sustenta que "como demonstrado o desvio de função no presente caso, em que a Recorrente está exercendo função de maior complexidade e recebendo salário inferior, não cabe os levantamentos de argumentos de "vedação à ascensão em cargos públicos" e necessidade de prévio concurso público, uma vez que o desvio funcional resta demonstrado, devendo o INSS realizar a contraprestação à Recorrente da função efetivamente realizada por esta, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública e total desrespeito ao trabalho realizado pelo servidor, que não pode ser compelido a realizar trabalho de maior complexidade e receber salário inferior" (e-STJ fl. 398).

Requer, assim, o provimento do recurso especial para que o INSS seja condenado ao pagamento das diferenças salariais entre a remuneração do cargo ocupado pela recorrente e aquela relativa ao cargo de Analista do Seguro Social.

Contrarrazões ao recurso especial apresentadas às e-STJ fls. 404/411.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob o argumento de que a análise da controvérsia demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atraía a incidência da Súmula nº 7/STJ.

Nas razões do agravo, a agravante impugnou o fundamento da decisão de inadmissibilidade.

Contraminuta ao agravo apresentada às e-STJ fls. 437/438.

É o relatório. Decido.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

Preenchidos os pressupostos recursais do agravo e tendo a agravante impugnado o fundamento da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial não comporta conhecimento.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação por entender que não seria possível remunerar o servidor pelo eventual exercício de funções inerentes a outro cargo público, sob pena de ofensa ao postulado do concurso público previsto no art. 37, II, da Constituição Federal, pois caracterizaria, na prática, novo enquadramento. Destacam-se os seguintes trechos do voto condutor do acórdão de apelação (e-STJ fls. 361/362):

Conforme relatado, cinge-se a controvérsia ao exame da possibilidade de reconhecimento do alegado desvio de função, bem como de percepção das diferenças remuneratórias, entre o cargo que ocupa e o cargo correspondente às atribuições que, efetivamente, alega ter desempenhado.

Não merece acolhida a irresignação da parte autora.

No caso, SANDRA IZABEL ALTOÉ CAPUCHO objetiva, com a presente demanda, obter o pagamento de eventuais diferenças remuneratórias entre os cargo de Técnico Previdenciário/Técnico do Seguro Social, para o qual foi aprovada em concurso público, e o cargo de Analista Previdenciário/Analista do Seguro Social, bem como os reflexos nas demais parcelas remuneratórias - 13º salário, férias, terço de férias, ATS, gratificações de desempenho, etc., alegando desvio de função existente na agência em que a servidora trabalha.

Com efeito, a Constituição Federal preceitua, em seu artigo 37, II, que 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.

Destarte, a Constituição do Brasil não admite o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele que é titular.

Em relação às diferenças remuneratórias em razão do desvio de função, em que pese o entendimento firmado no âmbito do STJ, cristalizado no enunciado da Súmula de nº 378, filio-me a corrente que vem sendo adotada por esta Egrégia Oitava Turma Especializada, no sentido de não reconhecer a possibilidade de remunerar o servidor à luz de pagamento de outra função para a qual não foi investido no cargo público.

Como se sabe, a remuneração dos agentes públicos requer expressa previsão legal sendo inerente ao cargo que ocupa. Destarte, ao se acolher a pretensão

dos demandantes, de serem remunerados por cargo diverso para o qual foram nomeados, estaria, em verdade, violando o texto Constitucional, pois, na prática, se obteria o mesmo resultado que o servidor teria se fosse enquadrado em novo cargo, situação vedada no referido artigo 37, II, da Constituição.

Verifica-se, pois, que a Corte Regional sequer apreciou o alegado desvio de função, invocando fundamento eminentemente constitucional para afastar o suposto direito ao recebimento das diferenças remuneratórias.

Assim, eventual ofensa, caso existente, ocorre no plano constitucional, motivo pelo qual é inviável a rediscussão do tema pela via especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que não compete ao Superior Tribunal de Justiça analisar eventual contrariedade a preceito contido na Constituição Federal, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional em sede de recurso especial, cujo objeto é restrito ao exame de normas de direito legal federal. Nesse diapasão os seguintes precedentes desta Corte Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM. JORNADA TOTAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se de demanda em que a servidora pública objetiva o reconhecimento da litude em acumular dois cargos de Auxiliar de Enfermagem, de vez que há compatibilidade de horários.

III. A controvérsia relativa à acumulação de cargos públicos foi dirimida, pelo acórdão recorrido, com fundamentação eminentemente constitucional, pelo que inviável a apreciação da matéria, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência reservada, pela Constituição Federal, ao STF. Precedentes (STJ, AgInt no REsp 1.614.130/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/08/2017; AgInt no AREsp 1.040.546/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018).

IV. Ademais, tendo as instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa, concluído pela compatibilidade de horários, rever tal decisão demandaria o revolvimento do contexto probatório dos autos, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da Súmula 7/STJ.

V. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1134598/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE

CARGOS. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A controvérsia relativa à acumulação de cargos e compatibilidade de horários foi dirimida com fundamento constitucional, de modo que o recurso especial se apresenta inviável quanto ao ponto, sob pena de se usurpar a competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

Precedente: AgInt no AREsp 1078326/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28/8/2017.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1040546/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

ADMINISTRATIVO. PROFISSIONAL DA ÁREA DA SAÚDE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - O Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, assim o fez com suporte em preceitos eminentemente constitucionais, sendo, portanto, incabível a análise da decisão combatida pela via eleita, pois, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, o recurso especial destina-se à uniformização do direito federal infraconstitucional, sendo reservada ao Supremo Tribunal Federal a análise de possível violação de matéria constitucional.

II- Havendo o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório dos autos, reconhecido a compatibilidade de horários entre os dois cargos da área de saúde ocupados pela parte agravada, a inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame das provas carreadas aos autos, o que é vedado na instância especial ante o óbice do enunciado n.7 da Súmula do STJ.

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1614130/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 28/08/2017)

Por tal razão, nota-se que o dispositivo supostamente violado - art. 6º da Lei nº 10.667/03 e Lei nº 11.507/07 - não foi apreciado pelo Tribunal de origem, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, incidindo o óbice previsto na Súmula nº 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

Nesse sentido, os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 267, § 3º, DO CPC/73. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211 DO STJ. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INCIDÊNCIA DA NORMA ESPECIAL, PREVISTA NO ART. 29 DA LEI 6.830/80. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. AGRAVO INTERNO

IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 15/12/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento, interposto por Federal de Seguros S/A em Liquidação Extrajudicial, contra decisão do Juízo de 1º Grau que, em Embargos à Execução, opostos pela recorrente em face da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, indeferira o requerimento de suspensão do feito. O Tribunal de origem manteve a decisão monocrática do Relator, que negara seguimento ao Agravo de Instrumento, nos termos do art. 557, caput, do CPC/73.

III. O Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, sequer implicitamente, razão pela qual não há como afastar o óbice da Súmula 211/STJ.

IV. Não havendo sido apreciada a questão suscitada nas razões do Agravo de Instrumento, mesmo após a oposição dos Embargos Declaratórios, a parte recorrente deveria vincular a interposição do Recurso Especial à violação ao art. 535 do CPC/73 e, não, aos dispositivos apontados como violados, mas não apreciados, tal como ocorreu, na espécie. Precedentes do STJ.

[...]

VI. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1664703/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 24/05/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E SUFICIENTE DO ACÓRDÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO E MÁ-FÉ. DISPOSITIVOS LEGAIS INDICADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 71 DA LEI 8.112/1990. ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. ZONA DE FRONTEIRA. PAGAMENTO. INVIABILIDADE. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Não configura ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal regional julga integralmente a lide, apenas não adotando a tese defendida pelos recorrentes. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

[...]

4. Extraí-se do acórdão recorrido que os arts. 70 da Lei n. 8.112/1990 e 515 do CPC/1973, apontados como violados, e as matérias a eles correlatas não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ.

5. O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação de que a norma prevista no art. 71 da Lei n. 8.112/1990 é de eficácia limitada, de modo que se faz necessária regulamentação para a concessão do adicional de atividade penosa. Precedentes.

6. Afastadas as alegações contidas no recurso especial e preservado o teor do acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos, fica prejudicada a análise do tema relativo à inversão e majoração da verba honorária.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1544983/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 18/05/2018)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

