RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.974 - RJ (2019/0117423-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE	:	MARIO DA COSTA PEREIRA JUNIOR
ADVOGADOS	:	LUCIANA PEIXOTO FREITAS VELLOSO BAHIA E OUTRO(S) - RJ119590
		BERNARDO BRANDÃO COSTA - RJ123130
RECORRIDO	:	MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	ALBERTO GUIMARÃES JUNIOR E OUTRO(S) - RJ062052

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto por Mário da Costa Pereira Junior com amparo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional assim ementado (e-STJ, fl. 427):

> AÇÃO DE COBRANÇA. PEDIDO DE RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS DECORRENTES DE DESVIO DE FUNÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONFIRMAÇÃO QUE SE IMPÕE. PRETENSÃO CONTRÁRIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CÂMARA E DO STF SOBRE O TEMA. DESPROVIMENTO DO APELO.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 457-460; 490-493).

O recorrente alega violação do disposto no art. 884 do Código Civil, sustentando que foi nomeado para ocupar cargo de Agente Auxiliar de Creche, o qual tem como função dar apoio ao educador em sala de aula. Contudo, ao assumir o cargo, não havia professores em sala de aula para serem auxiliados, recaindo sobre o insurgente o exercício de atividades típicas de professor.

Aduz que houve desvio de função e, dessa forma, deve perceber as diferenças salariais do cargo que exerceu.

Assevera que não há que se falar em violação do princípio do concurso público.

Aponta malferimento dos arts. 489, § 1º, IV, VI, e 1.022 do CPC, uma vez que não houve manifestação sobre a Súmula 378 do STJ, tampouco enriquecimento ilícito por parte do recorrido.

Sustenta que não pretende a mudança de cargo, mas, sim, o pagamento das diferenças salariais por ter desempenhado função diversa.

É o relatório.

Não merece prosperar a tese de afronta ao conteúdo dos arts. 489, § 1º, IV, VI, e 1.022 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

Conforme se extrai do aresto combatido (e-STJ, fl. 429):

> Isso porque, independentemente da existência de prova no sentido de que o autor, ora apelante, desempenhava funções inerentes ao cargo de Professor, apesar de ter sido investido no cargo de Agente Auxiliar de Creche, esse fato não autoriza o recebimento de indenização, por contrariar o princípio do concurso público, previsto no artigo 37, II, da Constituição Federal.

Transcrevo entendimento firmado pela magistrada de piso (e-STJ, fl. 371):

> Na hipótese trazida à baila, a parte autora não logrou êxito em demonstrar qualquer falha ou omissão na prestação dos serviços por parte do Município réu. Sequer a documentação apresentada pela parte autora teve o condão de demonstrar a veracidade das alegações vertidas na referida peça exordial ou, ao menos, a verossimilhança das mesmas, ônus este que lhe competia, por força do disposto no artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil. Frise-se que lhe foi dada toda a oportunidade para tal, conferindo-lhe oportunidade para indicar as testemunhas que, a seu ver, seriam importantes para confirmar os fatos ora analisados.
> Inclusive, conforme muito bem observado pela ilustre representante do Ministério Público, Dra. ALESSANDRA TAVARES SALDANHA DA GAMA PÁDUA, quando de seu parecer final, "[...] verifica-se que a lei prevê ser função do agente auxiliar de creche o 'planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas', justamente aquilo que, em síntese, foi descrito na inicial como atividades desempenhadas pelo autor.
> Ressalte-se que, em se tratando de creche, ou seja, de estabelecimento dedicado a crianças de zero a quatro anos, embora seja decisiva a participação de docentes para a construção mental do infante, a grande maioria das atividades desenvolvidas é de recreação, cuidado e socialização dos menores.
> A parte pedagógica, propriamente dita, ocupa parte pequena da grade curricular [...]" (fl. 360).
> Mais adiante, ainda destacou, de forma coerente e em consonância com o conjunto probatório carreado aos autos, bem como com a convicção desta magistrada, que "[...] os argumentos apontados pelo autor suscitando desvio de função, na verdade, decorrem do fato de as atividades atinentes a cada cargo público serem muito semelhantes e possuírem pontos em comum, mas isto, por si só, com perdão do truísmo, não caracteriza o alegado desvio de função. O que houve foi a carência de funções, orientação e atividades próprias dos professores docentes durante o período em que as creches contavam com poucos profissionais. Diante de todo o exposto, ou seja, não se pode extrair que os auxiliares de creche, dentre estes o autor, estavam desenvolvendo efetivamente as funções docentes, inclusive com habilitação profissional e de forma adequada, a merecer a diferença remuneratória pretendida. O que se extrai é o ensino deficitário no âmbito das creches municipais, com poucos professores docentes a nortear e fiscalizar as atividades pedagógicas pelos auxiliares de creche, devidamente

> supervisionadas pela Secretaria Municipal de Educação, a caracterizar o exercício regular de atividade docente pelos referidos servidores públicos e a autorizar equiparação a professor de educação infantil [...]" (fl. 361).
> Assim, a parte autora não logrou êxito em demonstrar a veracidade dos fatos articulados na inicial, razão pela qual, conforme mencionado linhas atrás, não há de se falar em responsabilidade civil da parte ré ou em falha na prestação de seus serviços.

Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelo recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ele propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

De outro lado, relativamente à existência de desvio de função, verifico que o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia com enfoque no art. 37, II, da Constituição Federal, remetendo-se ao princípio do concurso público (e-STJ, fl. 429):

> Isso porque, independentemente da existência de prova no sentido de que o autor, ora apelante, desempenhava funções inerentes ao cargo de Professor, apesar de ter sido investido no cargo de Agente Auxiliar de Creche, esse fato não autoriza o recebimento de indenização, por contrariar o princípio do concurso público, previsto no artigo 37, II, da Constituição Federal.

Em recurso especial não se analisa suposta afronta a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Ainda que assim não fosse, a magistrada de piso, ao dirimir a controvérsia, consignou que insurgente não comprovou a ocorrência do desvio de função. Salientou, ainda, que algumas atribuições do cargo se confundiam (e-STJ, fl. 371):

> Na hipótese trazida à baila, a parte autora não logrou êxito em demonstrar qualquer falha ou omissão na prestação dos serviços por parte do Município réu. <u>Sequer a documentação apresentada pela parte autora teve o condão de demonstrar a veracidade das alegações vertidas na referida peça exordial ou, ao menos, a verossimilhança das mesmas, ônus este que lhe competia, por força do disposto no artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil. Frise-se que lhe foi dada toda a oportunidade para tal, conferindo-lhe oportunidade para indicar as testemunhas que, a seu ver, seriam importantes para confirmar os fatos ora analisados.</u>
> Inclusive, conforme muito bem observado pela ilustre representante do Ministério Público, Dra. ALESSANDRA TAVARES SALDANHA DA GAMA PÁDUA, quando de seu parecer final, "[...] <u>verifica-se que a lei prevê ser função do agente auxiliar de creche o 'planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas', justamente aquilo que, em síntese, foi descrito na inicial como atividades desempenhadas pelo autor.</u>

> Ressalte-se que, em se tratando de creche, ou seja, de estabelecimento dedicado a crianças de zero a quatro anos, embora seja decisiva a participação de docentes para a construção mental do infante, a grande maioria das atividades desenvolvidas é de recreação, cuidado e socialização dos menores.
> A parte pedagógica, propriamente dita, ocupa parte pequena da grade curricular [...]" (fl. 360).
> Mais adiante, ainda destacou, de forma coerente e em consonância com o conjunto probatório carreado aos autos, bem como com a convicção desta magistrada, que "[...] os argumentos apontados pelo autor suscitando desvio de função, na verdade, decorrem do fato de as atividades atinentes a cada cargo público serem muito semelhantes e possuírem pontos em comum, mas isto, por si só, com perdão do truísmo, não caracteriza o alegado desvio de função. O que houve foi a carência de funções, orientação e atividades próprias dos professores docentes durante o período em que as creches contavam com poucos profissionais. Diante de todo o exposto, ou seja, não se pode extrair que os auxiliares de creche, dentre estes o autor, estavam desenvolvendo efetivamente as funções docentes, inclusive com habilitação profissional e de forma adequada, a merecer a diferença remuneratória pretendida. O que se extrai é o ensino deficitário no âmbito das creches municipais, com poucos professores docentes a nortear e fiscalizar as atividades pedagógicas pelos auxiliares de creche, devidamente supervisionadas pela Secretaria Municipal de Educação, a caracterizar o exercício regular de atividade docente pelos referidos servidores públicos e a autorizar equiparação a professor de educação infantil [...]" (fl. 361).
> Assim, a parte autora não logrou êxito em demonstrar a veracidade dos fatos articulados na inicial, razão pela qual, conforme mencionado linhas atrás, não há de se falar em responsabilidade civil da parte ré ou em falha na prestação de seus serviços. - grifos acrescidos

Da leitura do acórdão recorrido, dessume-se que a Corte local firmou seu entendimento com base nas provas dos autos, assim, a revisão do julgado implica o imprescindível reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso na via especial, ante o que preceitua a Súmula 7 do STJ.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019.

Ministro Og Fernandes
Relator