

02
ef

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - RJ

GABRIELA FERNANDES LOBAO, Nacionalidade BRASILEIRA, Solteiro(a), Auxiliar de Creche, RG nº 212995310, inscrito(a) no CPF sob o nº 115.210.717-80, residente e domiciliado(a) na RUA CORONEL LAURENIO LAGO Nº 566, MARECHAL HERMES, Rio de Janeiro, RJ, CEP 21610-280, **FLAVIA MONTEIRO GRANDE DOS SANTOS**, Nacionalidade BRASILEIRA, Casado(a), Agente Auxiliar de Creche, RG nº 105569628, inscrito(a) no CPF sob o nº 044.489.207-98, residente e domiciliado(a) na ESTRADA DO ENGENHO NOVO Nº 270, ANCHIETA, Rio de Janeiro, RJ, CEP 21620-240, vêm, através de seus advogados, *in fine*, conforme procuração em anexo (doc.01) ajuizar a presente

AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO

em face do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, com endereço por todos conhecido nesta serventia, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, afirmam, sob as penas da lei, que não possuem condições financeiras que lhes permitam arcar com as custas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, fazendo jus aos benefícios da gratuidade de justiça, conforme comprovante de renda em anexo (doc.02).

DOS FATOS (DESVIO DE FUNÇÃO)

PROD 298032-34.2012.8.19.0001 Sort 2707121631 FP15 23643

DOS FATOS (DESVIO DE FUNÇÃO)

Os autores se inscreveram no concurso público da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, concorrendo a uma das 1.600 (mil e seiscentas) vagas de agente auxiliar de creche, realizado no ano de 2007.

O cargo de auxiliar de creche tinha como vencimento a quantia de R\$ 461,34 (quatrocentos e sessenta e um reais e trinta e quatro centavos), sendo que a este valor era acrescido a quantia de R\$ 210,36 (duzentos e dez reais e trinta e seis centavos), referente ao auxílio transporte, na forma do decreto 27.954/2007, com carga horária semanal de 40 horas.



Com a aprovação no concurso, os autores foram convocados a fim de iniciarem a atividade na função de auxiliar de creche.

Ocorre que, os autores, apesar de terem tomado posse no cargo de auxiliar de creche, foram designados para desempenhar as atribuições relativas ao cargo de professor, função distinta da que deveriam desempenhar.

Insta esclarecer que à época em que foram nomeados e empossados, inexistia nas creches municipais servidores concursados para ocuparem o cargo de professor, tendo a ré desviado a função dos autores com o intuito de economizar e evitar a realização de um concurso público.



Registre-se que o desvio teve início assim que foram empossados, passando os autores a exercerem atividade típica de professor como, por exemplo, elaborar planejamento de aulas com a implementação de atividades educativas, acompanhamento de desenvolvimento da criança, orientação dos pais, enfim, atribuições inerentes àquele que exerce a atividade de professor.

Destaque-se que a função do auxiliar de creche é cuidar da criança e auxiliar o professor na execução de suas tarefas. Os autores, no entanto, exercem, de fato, a função de professor, e, em razão disso, deveriam receber os benefícios e gratificações próprios do cargo de professor, levando-se em consideração uma carga horária de 40 horas semanais.

df
df

Verifica-se pelos documentos acostados nos autos que os autores assumiram a obrigação de organizar plano de aula, elaboração de relatório, dar "feedback" aos pais, dentre outras funções inerentes ao cargo de professor.

Afirmamos de forma categórica que todos os ocupantes do cargo de auxiliar de creche junto ao município do Rio de Janeiro tiveram o exercício de sua função desviada desde o início e assim permaneceram durante, aproximadamente, 03 (três) anos, vez que inexistia nas creches municipais professores atuando.

Registre-se que o desvio de função persiste em determinadas creches, pois, apesar de o Município ter criado o cargo de Professor de Educação Infantil, a fim de cessar com a prática ilegal, tudo em virtude de inquérito civil promovido pelo Ministério Público, o número de vagas criados na lei não foi suficiente para atender todas as creches, o que será demonstrado na fase oportuna.

DA DENÚNCIA REALIZADA EM 2008 AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Os autores, inconformados com a conduta da parte ré procuraram o órgão do Ministério Público e realizaram, em 12 de dezembro de 2008, uma "denúncia", narrando a situação que estavam vivenciando dentro das creches municipais.

Diante da "denúncia" realizada pelos auxiliares de creche o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro iniciou uma investigação, instaurando o inquérito civil de nº 02/09, para apurar as denúncias de que os auxiliares de creches estariam exercendo a função de professores desde o ingresso nos quadros do Município réu.

Informe-se que mesmo após o relatório circunstanciado elaborado pelo Ministério Público, a ré manteve os auxiliares em desvio de função.

Considerando que a ré manteve os auxiliares em desvio de função, apesar da denúncia protocolizada junto ao MPERJ, os auxiliares se dirigiram à Promotoria do Ministério Público de Proteção e Educação do Estado e, mais uma vez formalizaram uma reclamação.

Confirmada a denúncia, o órgão do MP recomendou ao Município que regularizasse a situação, pois a lei de Diretrizes Básicas da Educação exige a

qualificação dos professores e providenciou a oitiva da Secretária Municipal de Educação.

Assim, a Promotoria de Justiça de Proteção à Educação da Capital ouviu a Secretária Municipal de Educação, lavrando termo onde constou o seguinte, in verbis:

"No que toca a atuação dos auxiliares de creche, tem a esclarecer que foi ofertada a oportunidade de que todos participassem do programa ProInfantil de qualificação do MEC, não sendo tal participação de caráter obrigatório; que o curso começou em janeiro do corrente ano e grande parte daqueles que não possuíam a formação de nível médio – modalidade normal – aderiu à proposta; que a intenção da SME foi a de qualificar o serviço prestado por tais agentes, sem nenhum vínculo de ascensão funcional ou de transposição de carreira, o que é legalmente vedado; que na mesma direção foram distribuídas as orientações curriculares no início do atual ano letivo; que foi bem esclarecido pela SME aos Agentes que eles não se tornariam professores com a realização do referido curso, pois tal situação funcional somente seria alcançada mediante concurso público; que o MEC autorizou que os Agentes auxiliares de creche participassem da referida qualificação, sabedores de que não se tratavam de professores; que ainda não existe um plano de carreira para os Auxiliares de Creche, porém na hipótese de tal plano vir a ser implementado, certamente, os que à época detiverem formação mais qualificada, poderão integrar escalonamento superior na grade salarial; que foram esgotadas as 4.000 (quatro mil) vagas provenientes da autorização legislativa que criou os cargos; que é professor Articulador quem faz todo o planejamento pedagógico, estabelecendo o conteúdo que será trabalhado com as crianças, realizando, ainda, o treinamento dos Auxiliares de Creche; que em cada creche existe um Professor Articulador por turno; que em todos os EDI's, além dos professores articuladores existe a figura do Coordenador Pedagógico por Unidade; que já está sendo estudada, principalmente, pela observação da experiência das creches em CIEP's, a possibilidade de colocação de 01 Professor II para cada sala de aula de maternal, ficando cada Professor Articulador com 02 (duas) salas de berçário; que o referido levantamento apontou para um incremento de cerca de 36 milhões de Reais anuais para fazer face a tal despesa, que este estudo, por enquanto, se encontra no âmbito da própria SME e que, em breve, esta proposta será encaminhada

Ob
ca

para análise da área econômica, que a Secretária se coloca a disposição para avançar o diálogo com o Ministério Público em relação a este tema, após ser aprofundado o levantamento do impacto de tais medidas em relação aos demais setores do Poder Público Municipal; que há norma acerca do número de crianças por sala em relação ao número de Profissionais e que tal norma vem sendo criteriosamente observada na rede pública municipal."

No depoimento prestado pela Secretária Municipal de Educação fica claro que os auxiliares foram preparados, através do proinfantil, a exercerem, de fato, a atividade de professor, deixando a Secretária **evidente que o profissional adequado a ocupar a vaga exercida pelos auxiliares seria o Professor II, que é exatamente o professor que trabalha 40 (quarenta) horas.**

A promotoria de justiça, na pessoa da Dra. Bianca Mota de Moraes, recomendou que cada auxiliar pleiteasse a tutela de seu direito junto ao Poder Judiciário, por ser este direito de caráter individual e não coletivo e que o Ministério Público não poderia mover ação, a fim de buscar a tutela de interesse individual.

Acertada a posição do *Parquet*, pois o direito dos autores é de caráter individual, não sendo atribuição do Ministério Público buscar a tutela para esse direito.

Embora a Promotora tenha orientado os auxiliares, explicando que o direito por eles pleiteado era de natureza individual, tal fato não impediu que houvesse o reconhecimento da ilegalidade da situação em que se encontravam os auxiliares de creche.

Fica evidente que o órgão do MP reconhece que os autores atuaram em desvio de função, inexistindo prova capaz de desconstituir, modificar ou alterar o direito dos autores, pois tal fato é notório e resta evidente.

Não é só. No dia 22/09/2009 o Ministério Público visitou a creche Municipal de Ladeira dos funcionários, no bairro do caju, constatando que a função de professor era exercida por auxiliares de creche, os quais faziam elaboração de plano de aula.

OK
OK

No parecer ministerial verifica-se que o objetivo da vistoria era averiguar se os auxiliares de creche desempenhavam e exerciam a função de professor, pergunta que foi respondida afirmativamente.

Para fins de esclarecimentos transcrevemos trecho do parecer, em anexo, *in verbis*:

“O objetivo da visita era o de verificar se as agentes auxiliares de creche estavam exercendo o papel de professora, o que verifiquei ser verdadeira a afirmativa.”

DO CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

A parte ré agiu de forma dolosa ao desviar os auxiliares de função, vez que a remuneração de professor é quatro vezes superior à remuneração do auxiliar, o que, sem dúvida, gera uma economia considerável ao réu. Para dar um verniz de legalidade na conduta, a ré providenciou um curso gratuito para todos os auxiliares de creche, a fim de “legitimar” o exercício da atividade pelos auxiliares de creche.

O curso implementado pela parte recebeu a denominação de PROINFANTIL, e foi de presença obrigatória por todos os auxiliares de creche, conforme faz prova documento em anexo.

Esse programa tem por fim dar uma melhor qualificação aos professores que de fato atuam nas salas de aula e creches. O Município réu assinou o referido contrato, conforme faz prova o extrato de ata publicado no diário oficial e juntado aos autos. Se houvesse professore concursados nas creches, jamais o Município teria assinado o contrato do Proinfantil.

Infelizmente a intenção da ré, ao que tudo indica, foi a de contratar mão de obra “barata”, sendo interessante desviar o auxiliar de função ao invés de contratar professores.

DA CRIAÇÃO DO CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL

A manutenção, diga-se, ilegal, dos auxiliares de creche no exercício da atividade de professor tornou-se insustentável, tendo o chefe do Poder Executivo,

diante das denúncias e da pressão da imprensa, criado o cargo de professor de educação infantil.

Embora existisse nas creches a figura do denominado professor articulador, o qual deveria desenvolver as tarefas pedagógicas, este não ficava em sala de aula, transferindo sua responsabilidade para os auxiliares de creche, que assumiam a obrigação de planejar aula, elaborar relatórios e desenvolver a iniciação pedagógica com as crianças.

Assim, ante a inexistência de professores suficientes nas creches, o Município réu lançou o EDITAL SMA Nº 91, DE 25 DE OUTUBRO DE 2010, para o provimento de 1700 vagas do cargo recentemente criado de Professor do Ensino Infantil, conforme cópia do edital em anexo.

Segundo o edital, o Concurso Público é para provimento do cargo de Professor de Educação Infantil do Quadro Permanente de Pessoal do Município do Rio de Janeiro, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, PARA ATUAR, PRIORITARIAMENTE, EM TURMAS DE CRECHE.

Assim, após a realização do concurso para contratação de professores, muitas creches conseguiram se adequar e, hoje, possuem professores, o que permitiu que os auxiliares de creche realizassem as suas tarefas na forma da lei e do edital, qual seja: a de auxiliar o professor em sala de aula.

No entanto, antes da contratação dos professores de ensino infantil, eram os auxiliares obrigados a atuarem como professores, conforme fazem prova os documentos acostados na inicial.

DO DESVIO DE FUNÇÃO E EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE PROFESSOR POR 40 HORAS

A atividade dos autores, em realidade, é a de auxiliar o professor em sala de aula, mas, no entanto, assumiram o exercício da atividade de professor, já que não há professores atuando nas creches municipais.

A conduta da ré em manter os autores, até a presente data, no exercício da função de professor sem que os mesmos percebam os vencimentos de acordo com a função que efetivamente exercem, viola o direito dos autores, os quais

09
JK

deixam de perceber vencimentos e as respectivas gratificações inerentes à função que desempenham.

Há enriquecimento ilícito por parte do Município, pois este priva os autores de perceberem as gratificações e diferenças salariais que são efetivamente devidas.

O serviço prestado pelos autores diz respeito à função de maior remuneração, o qual exige comprometimento do servidor e dedicação, obrigando estes a assumirem responsabilidades inerentes a cargo distinto para o qual concorreram.



Considerando que os autores exercem de fato a função de professor com carga horária de 40 horas, deve-se, portanto, reconhecer o desvio de função em relação a tal cargo, e, após, efetuar o pagamento da diferença salarial entre o cargo de auxiliar de creche e o cargo de professor 40 horas, sendo certo que o piso salarial deste é de R\$ 2.569,23, conforme documento em anexo.

DO DIREITO

O conceito de função vem do latim *functionem* e significa execução, cumprimento, atividade.



Função para o direito Administrativo é a atribuição ou conjunto de atribuições conferidas pela administração pública a cada categoria profissional, ou individualmente a determinados servidores públicos para execução de serviços.

O desvio de função vem exatamente a ser a execução da atividade em contrariedade ao contrato firmado entre as partes, ou seja, é majoração *in pejus* da prestação de serviço.

O servidor se vê obrigado a assumir função diversa da pactuada, sujeitando-se, contudo ao recebimento da mesma remuneração, o que acarreta locupletamento ilícito da fazenda.

Quem atua de modo diverso das funções inerentes ao cargo para o qual prestou concurso deve perceber os benefícios correspondentes à função que exerce.

Registre-se que nas relações de direito privado, relação de trabalho, há dispositivo expresso garantindo o recebimento da remuneração de acordo com a atividade exercida, art. 461, CLT, *in verbis*:

"Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade."

Já no Direito Constitucional temos o art. 7º, incisos XXX a XXXII, que consagram a igualdade entre trabalhadores, bem como a comutatividade e bilateralidade, presentes na prestação de serviço seja ela de caráter privado ou público.

Admitir o desvio de função sem o acréscimo das diferenças salariais entre as funções, a saber: a original e a desviada, geraria o enriquecimento ilícito por parte do tomador de serviço, o que ocorre no caso em tela.

Não é só o enriquecimento ilícito que se opera, mas também o desrespeito aos princípios fundamentais previstos na Carta Magna.

O art. 5º, caput, da CRFB/88 dispõe o seguinte:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade."

O princípio da isonomia ou da igualdade pode ser conceituado como aquele que determina que todos devem receber o mesmo tratamento legal, sendo proibidas discriminações de toda ordem.

DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deve-se notar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e reiterada, entendendo que nos casos de desvio de função, o servidor faz jus à diferença remuneratória entre o cargo de origem e a função exercida, sob pena de locupletamento ilícito da fazenda, conforme se verifica dos julgados abaixo transcritos:

M
JEF

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. VENCIMENTOS. DIFERENÇAS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

II - REITERADA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE O SERVIDOR QUE DESEMPENHA FUNÇÃO DIVERSA DAQUELA INERENTE AO CARGO PARA O QUAL FOI INVESTIDO, EMBORA NÃO FAÇA JUS A REENQUADRAMENTO, TEM DIREITO A PERCEBER AS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS RELATIVAS AO PERÍODO, SOB PENA DE SE GERAR LOCUPLETAMENTO INDEVIDO PELA ADMINISTRAÇÃO.

(...)

Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 771.666/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 05/02/2007)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que, reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais dele decorrentes. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 619.058/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 23/04/2007)

Em virtude do grande número de julgados sobre o mesmo tema e diante a pacificidade do entendimento, àquela Egrégia Corte editou o verbete 378 de sua súmula, que traz a seguinte orientação, *in verbis*:

SUMULA 378 - Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.

Restou demonstrado, desta forma, que para o Superior Tribunal de Justiça, se há desvio de função, deve o servidor perceber todas as diferenças daí decorrentes, inclusive com as suas repercussões.

DA FUNÇÃO EXERCIDA

Faz-se necessário esclarecer que o a função exercida pelos auxiliares de creche é a de professor.

O fato de o Município só ter criado o cargo de professor para lotá-los nas creches, só confirma que inexistia esta figura nas creches municipais, o que reforça o direito alegado pelos autores.

Conforme se verifica é verossímil a alegação de que os autores atuam em desvio de função, razão pela qual a tutela deve ser deferida *inaudita altera parte*, pois negar a tutela é corroborar com a conduta ilícita perpetrada pelo município, que, há anos, enriquece, se locupleta, indevidamente e sem causa, negando aos autores o direito de perceberem aquilo que lhes é de direito.

Portanto, o paradigma que deve ser usado para o cálculo das diferenças remuneratórias é o de Professor do Ensino Infantil, utilizando-se como base a remuneração prevista no edital acostado, de forma proporcional **às quarenta horas de trabalho semanais em desvio de função**, mais as gratificações e auxílio transporte a que fazem jus enquanto estiverem exercendo as funções.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

1. A concessão dos benefícios da Gratuidade de Justiça, na forma da Lei 1.060/50;
2. A citação do Réu para, querendo, oferecer resposta no prazo legal, sob pena de revelia;
3. Seja julgado procedente o pedido para reconhecer o desvio de função, desde a data da posse, tendo em vista que os autores exercem de fato a atividade de professor pelo período de 40 (quarenta) horas diárias;
4. Seja julgado procedente o pedido para condenar o Município réu ao pagamento das diferenças remuneratórias, **a contar da data da entrada em exercício no cargo (momento em que se deu início ao desvio) até a data em que estiverem em desvio de função**, entre os cargos de auxiliar de creche e de Professor, servindo como parâmetro o salário de professor II, vez que este é o cargo nos quadros do município que prevê atividade de 40 (quarenta) horas semanais. O pagamento das diferenças salariais deve ser proporcional ao número de horas trabalhadas pelas autoras, bem como ter incluído todas as gratificações, vantagens e benefícios, e suas respectivas repercussões nas férias, décimo terceiro salário e os demais consectários, com a consequente atribuição dos prêmios, bônus e gratificações a que fariam jus, fazendo constar no cadastro dos órgãos previdenciários competentes este tempo de serviço para fins de

13
JA

aposentadoria, férias e 13º salário. O valor da condenação **deverá ser liquidado em fase de cumprimento de sentença**, levando-se em consideração a carga horária trabalhada pelas autoras em desvio de função e enquanto durar este;


5. A condenação da Administração Ré pelos danos morais sofridos pelas Autoras em valor não inferior a 20.000,00 (vinte mil reais);
6. A condenação do Réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sobre o valor da condenação no patamar não inferior a 10 %, na forma da lei;

Requer a produção de todos os meios de provas em direito admitidas, em especial, a documental suplementar, depoimento pessoal e testemunhal.

P. Deferimento

Dá à cauda o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2012.


Bernardo Brandão Costa
OAB/RJ 123.130

Luciana P. F. Velloso Bahia
OAB/RJ 119.590

Todas as publicações devem ser feitas em nome do Dr. Bernardo Brandão.