

02
B

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

CARLOS JOSE TAVARES MARCELINO, brasileiro, casado, servidor municipal, portador da carteira de identidade de nº 09496619-5, IFP, CPF nº 026.192.257-28, residente e domiciliado na Rua Oswaldo Fontes, nº 12B, Santa Cruz, Rio de Janeiro, CEP 23.570-350, RJ, **MARIA IVOLNIDE ABREU DE FREITAS**, brasileira, casada, servidora municipal, portadora da carteira de identidade de 07.617.945-6, DIC, CPF nº 003.794.527-07, residente e domiciliada na Rua Felipe Cardoso, nº 1.589, casa 01, Santa Cruz, Rio de Janeiro, CEP 23.520-571, RJ, **IRACELMA GOMES DINIZ**, brasileira, solteira, servidora municipal, portadora da carteira de identidade de nº 36099195-5, SESP, CPF nº 697.141.421-72, residente e domiciliada na Estrada da Guarita, nº 667, Carmar, Nova Iguaçu, CEP 26.040-010, RJ, **CARLA FONTES DOS SANTOS**, brasileira, casada, servidora municipal, portadora da carteira de identidade de nº 09404634-9, IFP, CPF nº 022.071.307-38, residente e domiciliada na Rua Guandu Mirim, nº 30, Bloco 10, Casa 112, Campo Grande, Rio de Janeiro, CEP 23.090-045, RJ e **SILVIA REGINA DE CARVALHO CALDAS**, brasileira, viúva, servidora municipal, portadora da carteira de identidade de nº 06541228-0, Detran/RJ, CPF nº 001.345.267-32, residente e domiciliada na Rua Leonel Machado, nº 08, Inhoaíba, Rio de Janeiro, CEP 23.062-090, RJ, vêm, através de seus advogados, *in fine*, conforme procuração em anexo (doc.01) ajuizar a presente

**AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE LIMINAR C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO
POR DANOS MATERIAIS E MORAIS**

em face da **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, estabelecida na Rua Afonso Cavalcanti, 455, Cidade Nova - CEP 20.211-110, RJ, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

FE0081529-53.2011.8.19.0001 Sort 210311431 F802 22609

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

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 horário 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 regente articulador, função distinta da que deveriam desempenhar.

Insta esclarecer que inexistem nos quadros da ré servidores municipais concursados para o cargo de professor articulador, tendo a ré desviado a função dos autores.

Assim, os autores tiveram o exercício de sua função desviada desde o início da posse, passando a desempenhar e desenvolver atribuições específicas e inerentes ao cargo de professor regente articulador que são as seguintes:

- participar da elaboração, execução e avaliação do projeto político pedagógico.

04
B

- articular o desenvolvimento do trabalho pedagógico do grupo de alunos sob sua responsabilidade, interagindo em diferentes momentos do cotidiano com as crianças e demais pessoas envolvidas nesse processo.
- Coordenar a distribuição de brinquedos, jogos e materiais pedagógicos conforme a necessidade observada nos diferentes grupos etários.
- Indicar à direção da creche as crianças que apresentem deficiência e, conseqüentemente, necessitem de avaliação a ser promovida por profissionais do Instituto Helena Antipoff.
- Colaborar com a direção na coordenação das atividades de higienização do ambiente, dos equipamentos e utensílios.
- Colaborar com a direção no que tange à orientação dos profissionais da creche, de forma a assegurar um relacionamento harmonioso com as crianças.
- Planejar, executar e avaliar, junto aos recreadores, as atividades concernentes aos alunos da creche.
- Acompanhar diariamente o desenvolvimento das crianças, fazendo o respectivo registro.
- Coordenar a elaboração de relatórios periódicos de avaliação das crianças.
- Participar dos encontros de atualização em serviço e dos centros de estudo, mesmos.

Os autores, auxiliares de creche, exercem de fato a função de professor, e, em razão disso, deveriam receber os benefícios e gratificações próprios do cargo de professor articulador.

Verifica-se pelos documentos acostados nos autos que os autores assumiram a obrigação de organizar plano de aula, elaboração de relatório, 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, vez que inexistem nos quadros funcionais da ré professor concursado para atuar nas creches.

09
B

Cumpra esclarecer que, ante a inexistência de professores nas creches, o Município réu lançou o EDITAL SMA Nº 91, DE 25 DE OUTUBRO DE 2010, para o provimento de 1700 vagas do recentemente criado cargo 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.**

Os autores deveriam auxiliar o professor regente articulador, 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 articulador sem que os mesmos percebam os vencimentos de acordo com a função que efetivamente exercem, viola o direito dos autores, os quais 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.

DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Registre-se que o órgão do Ministério Público, procurado pelos auxiliares, instaurou inquérito civil de nº 02/09, para apurar as denúncias de que estes estariam exercendo a função de professores desde o ingresso nos quadros do Município réu.

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.

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 desse direito, no que reconheceu a ilegalidade da situação em que se encontravam os auxiliares de creche, entretanto, opinou contrariamente sobre a possibilidade de os auxiliares ascenderem, em caráter definitivo, **ao cargo** de professores *in verbis*:

"Com relação à transposição de carreira, trata-se de pleito da categoria que não é objeto destes autos nem de atuação do Ministério Público na área de educação;"

Assim, fica evidente que o órgão do MP reconhece que os autores atuam 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.

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 DIREITO

ne
f

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.

08
13

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:

"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.

04
13

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 do ensino infantil (creche), tendo o referido cargo de professor sido criado recentemente.



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.

DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DO PERICULUM IN MORA

Para que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela, faz-se necessária a presença de seus elementos indispensáveis, quais sejam, a **prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança das alegações e o periculum in mora**.

No que tange a prova inequívoca e a verossimilhança, cabe trazer à colação os ensinamentos do Mestre Fredie Didier Jr., *in verbis*:

"A prova inequívoca deve conduzir o magistrado a um juízo de probabilidade, verossimilhança, sobre os fatos narrados. O juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um elevado grau de probabilidade da versão apontada pelo autor."¹

Nessa esteira, resta evidente que há verossimilhança nas alegações dos autores, tendo em vista que **foram apresentadas provas inequívocas e robustas capazes de conduzir o magistrado a um juízo de probabilidade do direito alegado**, existindo nos autos documentos produzidos pela própria ré e pelo Ministério Público, este último através de inquérito civil, que comprovam o desvio de função.



Com relação ao *periculum in mora*, o Insigne Fredie Didier Jr. explica:

"Enfim, o deferimento da tutela antecipada somente se justifica se a demora do processo puder causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade. Isto é, quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional."¹

O *periculum in mora* reside no agravamento, a cada dia, dos danos causados aos autores, o que se presume diante da obrigação que os mesmos possuem de desempenhar a função de professor e receberem os vencimentos de **auxiliares de creche**, sendo certo que, a probabilidade de *periculum in mora* inverso inexistente, pois a não concessão da tutela pretendida se afigura bem mais gravosa do que seu deferimento.



Há prova cabal nos autos de que se operou o desvio de função, tanto é que o próprio Município do Rio de Janeiro "oportunizou" aos auxiliares de creche a participação em curso de qualificação, denominado Proinfantil, a fim de "legitimar" o que vem acontecendo de fato.

Explique-se, os professores de fato das creches são os auxiliares, entretanto, a própria lei de diretrizes básicas da educação, ciente dessa realidade, determina que a Administração Pública deve qualificar estes professores. Para isso foi

¹ **DIDIER JR, Fredie.** *Curso de direito Processual Civil*. Bahia, Jus Podivm, 2008, Vol. 2, pp.624-628.

criado um Programa de parceria entre a União, Estados e Municípios denominado Proinfantil.

Esse programa tem por fim dar o mínimo de qualificação aos professores de fato que 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 professores concursados nas creches, jamais o Município teria assinado o contrato do Proinfantil.

Isso significa que há professores de fato (auxiliares) atuando nas creches, e em virtude da exigência do artigo 62 da lei de diretrizes básicas e da recomendação do MP, o réu resolveu qualificar os auxiliares que atuam como professores.

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 sem causa, negando aos autores o direito de perceberem aquilo que lhes é de direito.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

1. A concessão dos benefícios da Gratuidade de Justiça, na forma da Lei 1.060/50;
2. A concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, para determinar ao Município que, no prazo máximo de dez dias, comece a remunerar os autores como professores de educação infantil, com todas as gratificações, vantagens e benefícios que o cargo oferece, levando-se em consideração o fato de que a carga horária exercida na função é de quarenta horas, devendo a remuneração ser proporcional às horas trabalhadas, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento.
3. A citação do Réu para, querendo, oferecer resposta no prazo legal, sob pena de revelia;

12
11

4. Seja julgado procedente o pedido, confirmando-se a tutela antecipada ao final para condenar o Município réu ao pagamento das diferenças remuneratórias, **a contar desde a data da entrada em exercício no cargo**, entre os cargos de auxiliar de creche e de Professor de Educação Infantil, proporcional ao número de horas trabalhadas pelas autoras, bem como todas as gratificações, vantagens e benefícios, e suas respectivas repercussões nas férias, décimo terceiro salário, os consectários derivados sofridos em razão do retardamento injustificado de sua posse com a consequente atribuição dos prêmios, bônus e gratificações a que faria jus caso estivesse em exercício, fazendo constar no cadastro dos órgãos previdenciários competentes este tempo de serviço para fins de aposentadoria, férias e 13º salário, valor este que deverá ser liquidado em fase de cumprimento de sentença;
5. A condenação da Administração Ré pelos danos morais sofridos pela Autora no valor não inferior a 30.000,00 (trinta 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 20% 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\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)

Rio de Janeiro, 12 de março de 2010.

Bernardo Brandão Costa

Luciana P. F. Velloso Bahia

OAB/RJ 123.130

OAB/RJ 119.590

Thiago V. da Silva
Thiago Vieira da Silva

OAB/RJ 154.358

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