

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL**

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0185172-27.2011.8.19.0001

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

**EMBARGADOS: BEATRIZ DE CASSIA DA CONCEIÇÃO
GOMES e OUTRO**

RELATOR: Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

**EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL.
DESVIO DE FUNÇÃO. AUXILIARES DE CRECHE.
ATIVIDADES ÍNSITAS AO CARGO DE PROFESSOR
DE EDUCAÇÃO INFANTIL.**

**PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DESVIO
DE FUNÇÃO, DE CONDENAÇÃO DO RÉU AO
PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS
REMUNERATÓRIAS E DE INDENIZAÇÃO POR
DANOS MORAIS.**

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

**VOTO MAJORITÁRIO DA E. 20ª CÂMARA CÍVEL
DESTE TRIBUNAL DE PROVIMENTO PARCIAL DO
RECURSO DOS AUTORES.**

**1.As provas colhidas nos autos não deixam dúvida de
que, em razão da falta de professores, os autores, agentes
auxiliares de creche, realizavam tarefas próprias do
cargo de Professor de Educação Infantil.**

**2. Mesmo o concurso para preenchimento das vagas de
professores somente foi concretizado após investigação
do Ministério Público, que verificou o desvio de função
em diversas creches do Município do Rio de Janeiro e
recomendou a regularização da situação, o que torna
ainda mais patente o direito das demandantes.**

**3.A jurisprudência do STJ já firmou o entendimento de
que o servidor público desviado de sua função tem
direito aos vencimentos correspondentes à função
efetivamente exercida, embora não faça jus ao**

reenquadramento, conforme se infere da Súmula 378: *“Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.”*

4. Questão que vem sendo reiteradamente enfrentada nesta Corte.

5. Procedência dos pedidos de reconhecimento do desvio de função e de condenação do réu ao pagamento das diferenças remuneratórias que se revela impositiva.

6. Acórdão embargado mantido.

EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 185172-27.2011.8.19.0001, em que é Embargante **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** e Apelados **BEATRIZ DE CASSIA DA CONCEIÇÃO GOMES E OUTRO**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em conhecer e **negar provimento** ao recurso, na forma do relatório e voto do Des. Relator.

Integra o presente voto o relatório de fls. 480/481

VOTO

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de sua admissibilidade, razões pelas quais dele se conhece.

A presente controvérsia refere-se à pretensão dos autores de percepção das diferenças remuneratórias relativas a desvio de função. Afirmam que foram aprovados em certame para o cargo de Agente Auxiliar de Creche e que, além das funções do seu cargo, exerciam atribuições inerentes ao cargo de Professor de Educação Infantil.

Cabe ao auxiliar de creche, nos termos da Lei nº 3.985/05, Anexo I, do Município do Rio de Janeiro, prestar *“apoio e participar do planejamento, execução e avaliação das atividades sociopedagógicas e contribuir para o oferecimento de espaço físico e de convivência adequados à segurança, ao desenvolvimento, ao bem-estar social, físico e emocional das crianças nas dependências das unidades de atendimento da rede municipal ou nas adjacências”*.

Por outro lado, ao professor de educação infantil compete, de acordo com a Lei nº 5.217/10, Anexo I, do Município do Rio de Janeiro, *“planejar, executar e avaliar, junto com os demais profissionais docentes e equipe de direção, as atividades da unidade de Educação Infantil e propiciar condições para o oferecimento de espaço físico e de convivência adequados à segurança, ao desenvolvimento, ao bem-estar social, físico e emocional das crianças”*.

Desta forma, o auxiliar de creche tem por atividade basilar apoiar o professor no planejamento, execução e avaliação, mas sem a possibilidade de tomar a iniciativa das atividades e comandar tarefas, limitando-se a desempenhá-las mediante orientação do professor de educação infantil.

Malgrado o entendimento do nobre magistrado sentenciante, as provas colhidas nos autos não deixam dúvida de que, em razão da falta de professores, os autores, agentes auxiliares de creche, realizavam as tarefas próprias daquele cargo.

Ora, há evidente diferença entre prestar apoio e participar do planejamento, execução e avaliação das atividades sócio-pedagógicas e efetivamente realizar tais atividades sozinhas.

Como consta do depoimento da Sra. Leocádia Mesquita, funcionária da Creche Municipal Zélia Chauk Curi (pasta nº262/263):

“função de auxiliar de creche e de professor são quase as mesmas; que a única diferença entre a função de auxiliar de

creche e de professor está na carga horária e o salário; que o professor trabalha quatro horas e meia e o auxiliar seis horas; que a função pedagógica que deveria ser do professor, em tese, mas na pratica era exercida pelo auxiliar de creche, que fazia a chamada, o planejamento, a avaliação das crianças e as vivencias mensais; que diante da ausência dos professores os auxiliares atuavam como professores em sala de aula; que esse trabalho pedagógico também se estendia no sentido de o auxiliar ser o responsável pelo contato com os pais dos alunos; que as pautas e as reuniões de pais eram feitas com os auxiliares de creche, quando não existiam professores; que na turma em que a depoente trabalha os professores começaram em abril deste ano; que no caso da autora, beatriz, os professores começaram a trabalhar na turma dela em julho do ano passado; beatriz tomou posse em dezembro de 2010; que nesse período não havia professor na creche; que apenas no segundo semestre do ano passado apareceram professores na creche; que foi realizado um concurso pelo Município para colocar professores na creche; ...”

A Sra. Gislana Colingues Mayrinkc em seu depoimento (pasta nº264/265), afirma:

“ (...) que trabalha na creche Municipal Zélia Chauk Curi; que os auxiliares de creche atuam na função de professores; que a única diferença entre a função de auxiliar de creche e de professor está na carga horária e o salário; que tudo o que o professor e o uxiliar de creche fazem é a mesma coisa; que o professor tem 22 horas semanais e o auxiliar tem 32 e meia; que o professor ganha mais que o auxiliar; que a função pedagógica que deveria ser do professor, em tese, também é exercida pelo auxiliar de creche; que diante da ausência dos professores os auxiliares atuavam como professores em sala de aula (...)”

Além disso, há informação nos autos que o Ministério Público, ao visitar inúmeras creches no Município do Rio de Janeiro, constatou que os agentes auxiliares das creches de toda municipalidade estavam exercendo atividades afeitas a professor.

Não bastassem as provas produzidas, o desvio de função do caso em julgamento é de amplo conhecimento desta Corte Estadual, que julgou diversas demandas de servidores na mesma situação.

Vale conferir:

DES. LUCIANO RINALDI - Julgamento: 27/01/2014 - SETIMA CAMARA CIVEL 0176664-58.2012.8.19.0001 Apelação Cível. Ação declaratória cumulada com indenizatória por danos materiais e morais. Servidor público municipal. Desvio de função. Auxiliar de creche desempenhando função típica de professor. Garantia à percepção da diferença entre os vencimentos da Autora e os do cargo paradigma. Súmula nº378 do STJ. Vedação ao enriquecimento sem causa. Negativa de seguimento ao recurso, na forma do art. 557, caput, do CPC.

DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 15/04/2014 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL 0298027-12.2012.8.19.0001 - APELACAO Ação de Cobrança cumulada com Danos Morais Procedência parcial - Servidores Públicos Municipais - Desvio de função - Agentes Auxiliares de Creche que desempenhavam funções típicas de professores - Evidente desvio funcional. Direito de receber a diferença de remuneração, reconhecido Vedação ao enriquecimento ilícito do ente público Verbete nº 378 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - Precedentes desta Corte. Situação funcional que não afeta direitos da personalidade das autoras - Ausência de danos morais Sucumbência recíproca - Despesas processuais, rateadas - Honorários advocatícios, compensados Desprovimento dos recursos.

DES. JACQUELINE MONTENEGRO - Julgamento: 18/02/2014 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL 0151714-82.2012.8.19.0001 APELACAO / REEXAME NECESSARIO APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DESVIO DE FUNÇÃO. COMPROVAÇÃO. AUXILIARES DE CRECHE QUE EXERCIAM ATIVIDADES

PRÓPRIAS DE PROFESSOR, SEM QUALQUER TIPO DE SUPERVISÃO. 1. Os autores, primeiros apelantes, fizeram concurso público realizado pelo Município do Rio de Janeiro, réu e segundo recorrente, para o cargo de Agente Auxiliar de Creche. Alegaram que tão logo empossados foram designados para exercer atividade típica de professor, pelo que requereram o reconhecimento do desvio de função, com o pagamento das diferenças salariais incluindo todos os benefícios, além do pagamento de verba compensatória por dano moral em quantia compensatória não inferior a R\$ 80.000,00. 2. As provas documentais e orais produzidas nos autos demonstram que o desvio restou caracterizado, pois as atividades desenvolvidas pelos autores não possuíam natureza meramente acessória. 3. Auxiliares de creche que, desde a data de sua admissão (em 01/07/2009 e 30/09/2009 respectivamente), até julho de 2011, exerciam funções próprias do cargo de professor sem a supervisão e orientação técnica de qualquer educador. 3. Inocorrência de danos morais. 4. Sentença de parcial procedência que se mantém, inclusive no tocante à sucumbência recíproca. 5. Desprovimento de ambos os recursos.

Registre-se, por oportuno, que o concurso para preenchimento das vagas de professores somente foi concretizado após investigação do Ministério Público, que verificou o desvio de função em diversas creches do Município do Rio de Janeiro e recomendou a regularização da situação, o que torna ainda mais patente o direito das demandantes.

Com efeito, a criação do cargo de professor de educação infantil ratifica a ocorrência do desvio de função, na medida em que antes da edição da lei a auxiliar de creche ficava sozinha nos cuidados com as crianças. Portanto, irrelevante a nomenclatura dada ao cargo parâmetro para o reconhecimento do desvio de função, pois, de fato, as autoras exerciam a função de professor, sendo certo que nos quadros do Município do Rio, anteriormente à criação do cargo parâmetro, existia a previsão do Professor Articulador, que deve ser considerado como paradigma até a criação do outro cargo.

Indene de dúvidas que as autoras, apesar de ocupantes do cargo de “Agente de Auxiliar de Creche”, efetivamente exerceram desde

2008 funções típicas do cargo de Professor de Educação Infantil, uma vez que não havia quem exercesse essa função, fazendo jus à remuneração correspondente.

A jurisprudência do STJ já se firmou entendimento de que o servidor público desviado de sua função tem direito aos vencimentos correspondentes à função efetivamente exercida, embora não faça jus ao reenquadramento, conforme se infere da Súmula 378:

“Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.”

Por conseguinte, na mesma direção dos recentes julgados desta Corte, o v. acórdão embargado deve ser mantido.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos embargos infringentes, prevalecendo o v. acórdão recorrido.

Rio de Janeiro, 8 de abril de 2015.

Desembargador FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
Relator