



Guia do Servidor Público

Guia do Servidor Público

Edição de Agosto/2015

Cadastro reserva e possibilidade de nomeação em caso de comprovada terceirização irregular

A jurisprudência entende que não demonstrada a preterição de nomeação de candidato em cadastro reserva na falta de comprovação de contratação de funcionários terceirizados na classificação obtida no certame, inexiste o direito subjetivo à nomeação. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CARGO DE SOLDADOR. CADASTRO RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO. PRETERIÇÃO NA NOMEAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADOS QUE ALCANÇEM A CLASSIFICAÇÃO OBTIDA NO CERTAME. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO RETIDO.

1. Em se tratando de concurso público que previu expressamente no edital a seleção de candidatos para cadastro reserva, estes ficam destinados ao preenchimento de eventuais vagas de acordo com a necessidade e conveniência da Administração.
2. A aprovação em concurso público para cadastro reserva, portanto, não gera ao candidato direito subjetivo à nomeação.
3. Os atos administrativos gozam da presunção de legalidade. Eventual alegação de que a terceirização seja utilizada para burla ao certame deve ser cabalmente comprovada para que seja reconhecida a preterição sustentada.
4. Ausência de prova documental suficientemente robusta a ensejar o reconhecimento da preterição almejada.
5. Ônus probatório que lhe incumbia, a teor do disposto no art. 333, inciso I, do CPC.
6. Desprovimento do agravo retido interposto, notadamente porque a matéria demanda a comprovação das contratações temporárias mediante a juntada dos respectivos contratos, não demandando a produção de prova oral para tal finalidade.
7. Sentença de improcedência na origem.

AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DESPROVIDOS.

(Apelação Cível Nº 70059405399, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 27/05/2015)

O cadastro reserva é um contingente de recursos humanos que o gestor público deve dispor para os casos de necessidade, vinculados a seu juízo de conveniência e oportunidade. É como um banco de reserva que o gestor deve

ter, em nome de uma maior agilidade, sempre que assim exigir a demanda social.

O cadastro reserva costuma ser utilizado para os casos em que haja grande rotatividade de servidores, notadamente em funções críticas, cujo desempenho e compromisso não permitem que se aguarde o procedimento de todo um concurso, que pela demora colocaria em risco a própria atividade-fim.

O cadastro reserva é portanto um quadro de emergência a sua disposição, podendo a Administração dele lançar mão sempre que se fizer necessário, de acordo com as circunstâncias de conveniência administrativa. Por tal fato que o candidato a este quadro não possui assegurado qualquer direito subjetivo à nomeação, eis que o fim específico e imediato do certame realizado nestes termos não é o do preenchimento de vagas, já que ainda inexistentes.

O objetivo do concurso é apenas o de preenchimento de um quadro de reserva, que poderá ou não ser utilizado. Apenas de forma indireta e mediata, portanto, poderá ser utilizado, vindo o candidato, se for o caso, a ser aproveitado, caso haja vagas no cargo a que se destina a reserva, portanto não decorre garantia, de que haverá nomeação, não se tratando de direito subjetivo à nomeação.

Ocorre que pode esta lógica ser quebrada quando da violação desta regra, provocando distorção na sistemática para o qual se destina o cadastro reserva. A distorção do caráter de urgência do cadastro reserva ocorre quando na abertura ou identificação de vagas no cargo para o qual se destina a reserva, e mesmo assim não faz valer o gestor da faculdade que lhe é permitida, de buscar suprir a vaga através do banco de pessoal formado pelo concurso. Bem como, verifica-se quando haja uma burla ao sistema, que consiste, na contratação temporária de servidores, em conformidade com o permissivo legal pertinente, relegando a importância do cadastro de reserva formado por concurso.

Entretanto cabe ao candidato aprovado no cadastro reserva demonstrar a quebra do princípio da prevalência do interesse público e a da presunção da legalidade e da moralidade dos atos administrativos e a preterição a que foi submetido pela ação ou omissão da Administração responsável. Senão vejamos:

REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE CANDELÁRIA. NUTRICIONISTA. CADASTRO RESERVA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO VERIFICADA. 1. A jurisprudência deste Tribunal e dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que o direito oponível contra a Administração que possui o candidato aprovado para cadastro de reserva e fora das vagas especificadas no Edital para nomeação é

o de não ser, durante o prazo de validade do concurso, preterido na ordem de classificação, somente surgindo seu direito subjetivo à investidura no cargo se a Administração desrespeitar aquela ordem (1), ou se, durante o prazo de validade do concurso, surgirem vagas, seja em virtude da criação de novos cargos mediante lei, seja em razão de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento (2), **ou, ainda, se demonstrando necessitar de pessoal para aquele cargo, a Administração lançar mão de expedientes dissimulados, como a terceirização ou contratação temporária, burlando a força obrigatória do concurso (3).** 2. **Caso concreto em que evidenciada a preterição alegada, em razão de terceirização para a mesma função para a qual aprovada a candidata autora.** 3. **Ação julgada procedente na origem. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.** (Reexame Necessário N° 70054975065, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 16/07/2014)

Conclui-se que ocorrendo a comprovação da distorção na sistemática para o qual se destina o cadastro reserva, que pode se dar quando da abertura ou identificação de vagas no cargo para o qual se destina a reserva, e mesmo assim não faz valer o gestor da faculdade que lhe é permitida, de buscar suprir a vaga através do banco de pessoal formado pelo concurso, bem como, quando haja uma burla ao sistema, que consiste, na contratação temporária de servidores, em conformidade com o permissivo legal pertinente, relegando a importância do cadastro de reserva formado por concurso, terá o candidato aprovado no cadastro reserva o direito a nomeação.

Servidor público pode vir a ser exonerado de seu cargo público por conduta na sua vida privada que venha a atingir a imagem, o decoro e a credibilidade da administração pública

O regime disciplinar do funcionalismo público não se limita a regradar os atos desempenhados no exercício da função pública, mas também busca preservar a **imagem, o decoro e a credibilidade** que devem merecer perante a sociedade os titulares de cargos e funções públicas que também podem ser atingidos por comportamentos exercidos perante a atividade privada.

A Administração Pública, deve-se reger pelos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, como o princípio da moralidade, pautado pela moral e pelos bons costumes. Senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

José Cretella Júnior ensina que a violação dos deveres do servidor pode ocorrer por faltas cometidas fora do serviço público, mas que repercutam sobre a honra e a consideração do agente, a ponto de, por “ressonância”, refletir-se no prestígio da função pública¹

Logo, como base na moralidade não poderia um servidor público acusado de assédio infantil trabalhar dentro de um abrigo municipal de crianças, por exemplo.

Outro exemplo seria um engenheiro que teve seu registro profissional cassado pela entidade que regulamenta a categoria e continuar a desempenhar as funções de engenheiro de cargo público. Tal fato iria contra a moralidade administrativa.

Quanto à moralidade é importante mencionar que deve ser vista como atributo ínsito e necessário à atuação de qualquer servidor que atue na administração pública.

¹ JÚNIOR, José Cretella. **Prática de processo administrativo**. 3ª. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84.

Alexandre de Moraes², refere que com base no princípio da moralidade administrativa, não basta que o administrador esteja no estrito cumprimento da legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, também respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, eis que a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

A Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, refere que o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. Senão vejamos:

Art.148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Nesse sentido, ressalta-se que o servidor público deverá agir com probidade, respeitando a moral e os bons costumes tanto no desempenho dos seus atos na Administração Pública quanto na sua vida privada, eis que tais atos privados podem ter relação com as atribuições do cargo público.

Não se pode admitir que a conduta particular do servidor interfira no exercício do cargo público que ocupar. Transgressões disciplinares por comportamento desonroso praticado pelo servidor público em sua vida privada, não pode vir a abalar o crédito, a seriedade e a moralidade com que devem ser considerados os agentes da Administração Pública, desacreditando o prestígio estatal perante a sociedade, não mais se justificará a permanência do funcionário como integrante da estrutura administrativa do Estado³.

Deve-se sempre esperar dos servidores públicos uma ação pública com base naquelas tidas pelo “homem médio”, ou seja, daquilo que se espera de

² Alexandre de Moraes, Direito Constitucional Editora Atlas, 9ª ed. São Paulo, 2001, p.301.

³ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do direito disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.2.

uma pessoa honesta normal, que haja de forma reta, direcionada para o bem da coletividade, pois é deles que emanam os exemplos das atitudes corretas a serem tomadas por todo o corpo funcional e para todos os particulares.

Logo é possível que os estatutos dos servidores prevejam mecanismos de punição para servidores cujos atos privados venham a desonrar as funções públicas exercidas pelos mesmos, como por exemplo a exoneração após processo administrativo disciplinar. Senão vejamos:

SERVIDOR PÚBLICO - ESTÁGIO PROBATÓRIO -EXONERAÇÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO, QUE CONCLUIU PELA NÃO CONVENIÊNCIA DE SUA PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, POR NÃO ATENDER REQUISITO DE NORMA LEGAL (**CONDUTA ILIBADA NA VIDA PÚBLICA E NA VIDA PRIVADA**).EXONERAÇÃO - O ATO ADMINISTRATIVO QUE EXONERA O SERVIDOR PÚBLICO NÃO IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXERCITE O SEU DIREITO DE APURAR EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FALTA GRAVE PARA QUE SEJA APLICADA SANÇÃO AO EX-SERVIDOR.SERVIDOR PÚBLICO - PENA DE DEMISSÃO - A PROVA PRODUZIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO É SUFICIENTE PARA EMBASAR A PUNIÇÃO - RESPEITADO O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - É INADMISSÍVEL REVALORIZAR PROVAS DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, ENQUANTO REVISÃO DA LEGALIDADE DO ATO, SOB PRISMA DE CONTROLE DE AJUSTAMENTO DA PENA AOS FATOS FUNDAMENTANTES - SE, NO ENTANTO, HÁ FATO PROVADO,PROPORCIONAL À GRAVIDADE OU À NATUREZA DA PENA,NÃO É LÍCITO AO JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O ATO DA ADMINISTRAÇÃO - ATO FUNDAMENTADO (FALTA GRAVE)/QUE ENSEJA DEMISSÃO DO SERVIDOR - RECURSO IMPROVIDO. / A (TJ-SP - APL: 990103633580 SP , Relator: Pires de Araújo, Data de Julgamento: 08/11/2010, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2010)

Porém, a conduta do servidor público deve ser analisada com calma e cautela. A punição oriunda de processo administrativo disciplinar deverá ter estreita correlação com o suposto ato ilícito ou imoral, cometido fora das dependências do órgão público, mas que reflitam na esfera da Administração Pública. Senão vejamos o ensinamento de Di Pietro⁴:

Quanto ao “procedimento irregular de natureza grave”, não definido legalmente, não nos parece que possa abranger, indiferentemente, qualquer tipo de má conduta do funcionário na vida privada. Carlos S. Barros Júnior (1972:108), discorrendo sobre o tema, assim se manifesta: “de qualquer forma, como à Administração não pode deixar de interessar, pelo que ficou dito, a má conduta fora do cargo, devem as autoridades, principalmente aqui, gozar de liberdade de

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 479.

incriminação, para considerar, de modo discricionário, os fatos dessa natureza, que lhes sejam submetidos. Basta atentar, por exemplo, para a circunstância de que o juízo sobre o mau procedimento dependerá muito, não só da categoria do funcionário, como da natureza de suas atribuições, sendo certo de que, sob este aspecto, muito mais estritos serão os deveres de um juiz ou professor, por exemplo, do que os de um agente de pequena categoria ou operário do Estado.

Tal fato porque a má conduta na vida privada, para que venha caracterizar-se como ilícito administrativo, deve ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, se não tudo e de forma indiscriminada poderia ser considerado como “procedimento irregular” e ensejar demissão. Vejamos:

SERVIDOR PÚBLICO - ESTÁGIO PROBATÓRIO - EXONERAÇÃO APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO, QUE CONCLUÍU PELA NÃO CONVENIÊNCIA DE SUA PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, POR NÃO ATENDER REQUISITO DE NORMA LEGAL (CONDUTA ILIBADA NA VIDA PÚBLICA E NA VIDA PRIVADA). EXONERAÇÃO - O ATO ADMINISTRATIVO QUE EXONERA O SERVIDOR PÚBLICO NÃO IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXERCITE O SEU DIREITO DE APURAR EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FALTA GRAVE PARA QUE SEJA APLICADA SANÇÃO AO EX-SERVIDOR. SERVIDOR PÚBLICO - PENA DE DEMISSÃO - A PROVA PRODUZIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO É SUFICIENTE PARA EMBASAR A PUNIÇÃO - RESPEITADO O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - É INADMISSÍVEL REVALORIZAR PROVAS DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, ENQUANTO REVISÃO DA LEGALIDADE DO ATO, SOB PRISMA DE CONTROLE DE AJUSTAMENTO DA PENA AOS FATOS FUNDAMENTANTES - SE, NO ENTANTO, HÁ FATO PROVADO, PROPORCIONAL À GRAVIDADE OU À NATUREZA DA PENA, NÃO É LÍCITO AO JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O ATO DA ADMINISTRAÇÃO - ATO FUNDAMENTADO (FALTA GRAVE)/QUE ENSEJA DEMISSÃO DO SERVIDOR - RECURSO IMPROVIDO. / A

(TJ-SP - APL: 990103633580 SP , Relator: Pires de Araújo, Data de Julgamento: 08/11/2010, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2010)

Conclui-se que determinados atos cometidos por servidor em sua vida privada, que venham causar algum prejuízo na esfera pública e guardem correlação com as atribuições do cargo, poderão ser objeto de apuração por parte do regime disciplinar.

Acidente de trabalho de servidor público e a responsabilidade subjetiva do ente público

No caso de acidente de trabalho sofrido por servidor público, para a configuração da responsabilidade do empregador, ente público, é necessário verificar a presença dos pressupostos da obrigação de indenizar, previstos no art. 186 e 927 do Código Civil, a saber, a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Bem como, conforme o comando do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, a responsabilidade do empregador é subjetiva, sendo necessária a comprovação da existência de dolo ou culpa para a ocorrência do evento. Senão vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Logo, no caso de acidente de trabalho de servidor público aplica-se a responsabilidade subjetiva do ente público, eis que inaplicável à relação mantida entre servidor público e administração, cujo caráter é jurídico-administrativo, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ou seja, para a configuração da responsabilidade do empregador, ente público, é necessária a presença dos pressupostos da obrigação de indenizar, quais sejam: a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. Bem como, de acordo com o disposto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, a responsabilidade do empregador é subjetiva, dependendo de prova da culpa.

Diante de ausência de nexo causal entre suposta doença de servidor e a atividade laboral torna-se inviável a concessão de indeniza, diante da ausência do nexo de causalidade. Senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. SERVIDOR PÚBLICO. PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. Para a configuração da responsabilidade do empregador, é necessária a presença dos pressupostos da obrigação de indenizar, quais sejam: a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. Ainda, de acordo com o disposto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, a responsabilidade do empregador é subjetiva, dependendo de prova da culpa. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A DOENÇA DESENVOLVIDA E O INFORTÚNIO LABORAL. Não tendo sido comprovado que a doença de pele desenvolvida pelo autor tenha decorrido da exposição solar durante as atividade laborais, revela-se inviável a concessão da indenização pretendida, diante da ausência do nexo de causalidade. Hipótese em que o autor, motorista, não laborava sob permanente exposição solar a ponto de justificar a pretensão autoral. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70065190308, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 30/07/2015)

Por outro lado, por consequência lógica, uma vez que o acidente se der durante a atividade laboral gerando danos ao servidor público é possível a indenização por danos morais e materiais. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL

DO MUNICÍPIO. TRAUMATISMO CRANIANO SOFRIDO POR SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL DURANTE A ATIVIDADE LABORAL. SEQUELAS NEUROLÓGICAS DEFINITIVAS E INCAPACITANTES. DANOS MORAIS E MATERIAIS VERIFICADOS. QUANTUM MANTIDO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS REDUZIDOS. 1. A responsabilidade civil do Município empregador funda-se nos artigos 186 e 927 do Código Civil, e no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal - responsabilidade subjetiva. [...] À UNANIMIDADE, APELO DO AUTOR DESPROVIDO E SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. POR MAIORIA, APELO DO RÉU DESPROVIDO, VENCIDO O VOGAL QUE PROVIA PARCIALMENTE O RECURSO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70059259010, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 11/06/2014) [grifei]

Como a responsabilidade civil do ente público é subjetiva, é necessário que o servidor público demonstre a violação de um dever de cuidado, relacionando-se tal conduta com o fornecimento de ambiente de trabalho adequado para os servidores públicos.

O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Deve ser demonstrada a culpa do empregador, como por exemplo, a negligência no que se refere ao não fornecimento dos equipamentos de proteção individual - EPIs. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 7º, XXVIII, CF. QUEDA DE UMA ALTURA DE OITO METROS. MORTE DO TRABALHADOR. AÇÃO AJUIZADA PELA COMPANHEIRA E FILHO DO DE CUJUS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. O Eg. Superior Tribunal de Justiça julgando o Conflito de Competência nº 65.665, suscitado nestes autos, declarou a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Canoas para dar prosseguimento ao feito. PROJETO "SENTENÇA ZERO". O regime de exceção denominado PROJETO SENTENÇA ZERO é supervisionado pela Col. Corregedoria Geral de Justiça e confere maior celeridade à prestação jurisdicional, não implicando qualquer nulidade. Precedentes. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRA DA VÍTIMA. A prova dos autos corrobora a alegação de que a demandante era companheira do falecido, sendo legitimada para ajuizar a presente ação. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPREGADOR. ACIDENTE DE TRABALHO. A responsabilidade civil por danos decorrentes de acidente de trabalho está prevista no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal. Necessidade de comprovar a violação de um dever de cuidado, relacionando-se tal conduta com o fornecimento de ambiente de trabalho adequado para os servidores públicos. Assim, o regime de responsabilidade civil incidente à

espécie tem natureza subjetiva, de acordo com o disposto no art. 7º, XXVIII, da Constituição da República conjugado com as regras dos artigos 186 e 927 do Código Civil (art. 159 do Código Civil de 1916). O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. SITUAÇÃO CONCRETA DOS AUTOS. O empregado faleceu em decorrência de acidente do trabalho sofrido quando trabalhava no telhado de uma casa, vindo a cair de uma altura de oito metros. Culpa do empregador. Negligência no que se refere ao fornecimento dos equipamentos de proteção individual - EPIs. Dever de indenizar que se impõe. As partes foram intimadas acerca da produção de provas, quedando-se inerte o réu. Ou seja, o empregador não se desincumbiu do ônus de comprovar que forneceu ao empregado os equipamentos de proteção necessários à execução da sua atividade, tampouco comprovou a culpa exclusiva da vítima. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A configuração do dano extrapatrimonial, na hipótese, é evidente e inerente à própria ofensa; ou seja, trata-se de dano in re ipsa, que dispensa prova acerca da sua efetiva ocorrência. A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as conseqüências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. PENSION mensal em favor do autor menor até a data em que completar 25 anos de idade. Precedentes do STJ. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052549649, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/04/2014) [grifei]

DOENÇA OCUPACIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. A responsabilidade civil do empregador por doença ocupacional depende da comprovação do nexo causal entre a moléstia e o trabalho prestado. Não estabelecido este nexo de causalidade nem se tratando de concausa, inexistente o dever de indenizar. (Acórdão do processo 0000682-06.2013.5.04.0731 (RO). Julgado em: 16/04/2015, Origem: 1ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul, Órgão julgador: 11a. Turma. Redator: Maria Helena Lisot)

Conclui-se que acidente de trabalho sofrido por servidor público enseja indenização pela responsabilidade do empregador, ente público, desde que verificada a presença dos pressupostos da obrigação de indenizar (a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade), eis que a responsabilidade do ente público é subjetiva, logo, é necessário que o servidor público demonstre a violação de um dever de cuidado, relacionando-se tal conduta com o fornecimento de ambiente de trabalho adequado para os servidores públicos.

Possibilidade de compensação de horas dos servidores públicos municipais

A Compensação de horas de trabalho é o acréscimo de horas da jornada de determinados dias em função de outros suprimidos, sem que essas horas venham a configurar horas extras. Visam, normalmente, a compensação de horas ou supressão do trabalho aos sábados.

A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XIII, assegura a compensação de horas extras como sendo um dos direitos dos trabalhadores urbanos, com a possibilidade de instituição do regime de compensação de horários. Senão vejamos:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

Conforme dispõe o § 3º do art. 39 da Constituição Federal, tal possibilidade é extensiva aos servidores detentores de cargo público. Senão vejamos:

Art. 39. [...]

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, **XIII**, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

Porém, para que possa ser instituído o regime de compensação para os servidores é necessária a previsão no Regime Jurídico dos Servidores do Município, com iniciativa de competência do Chefe do Poder Executivo, por força do previsto no art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal, aplicável também no âmbito municipal, atendendo assim ao princípio da legalidade.



Havendo expressa previsão legal acerca da possibilidade de instituição do sistema de compensação de horário no serviço público, verifica-se viável a implementação da medida no âmbito do Poder Legislativo e Executivo.

Mas, a implantação do sistema de compensação de horários haverá de ser regulamentada no âmbito do Poder que o implantar. Dessa forma, a Mesa Diretora da Câmara, a quem compete tomar todas as medidas necessárias a regularidade dos trabalhos legislativos e administrativos da Câmara Municipal, nos termos do disposto no Regimento Interno, deverá regradar acerca dos critérios, e dos limites e das atividades as quais poderá haver a compensação de horário, através de Resolução.

Logo, é regular a adoção do sistema de Banco de Horas pela Administração Pública Municipal, quando houver previsão legal da possibilidade de compensação de horas. Senão vejamos:

Administrativo - servidor público - O pagamento do repouso semanal está incluído nos vencimentos de quem recebe mensalmente e não pode ser computado separadamente na incidência de outras parcelas remuneratórias - A base de cálculo do adicional de insalubridade é a prevista na lei local - Aplicação do princípio da legalidade - SALÁRIO-FAMÍLIA - RENDA INCOMPATÍVEL PARA A SUA CONCESSÃO CONFORME REQUISITO ESTABELECIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98 - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO ANTE A NATUREZA ESTATUTÁRIA DO VINCULO - INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE OSTENTA - **BANCO DE HORAS - ATO PRATICADO NA CONFORMIDADE DA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR - COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 7º, XIII, DA CF/88 - A RELAÇÃO ESTATUTÁRIA DISPENSA A OBRIGAÇÃO DE SUBMETTER A COMPENSAÇÃO A ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA COM A SUPERVISÃO DE SINDICATO - REDIMENSIONAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DA VERBA HONORÁRIA.** Apelo parcialmente provido.

Uma vez existente o regime de compensação de horários nos termos de lei municipal, é possível, de acordo com a discricionariedade do ente público, a instituição do sistema de compensação de horário, hipótese em que é possível que a jornada diária exceda a oito horas, sendo o excesso compensado pela correspondente diminuição em outro dia. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME
NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE GIRUÁ.
HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS.
Nos termos do art. 54 da Lei Municipal nº 998/90 (Estatuto dos

Servidores Públicos do Município de Giruá), pode ser instituído o sistema de compensação de horário, hipótese em que a jornada diária poderá exceder a oito horas, sendo o excesso compensado pela correspondente diminuição em outro dia. APELAÇÃO DESPROVIDA. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70010712354, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 05/10/2005)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. HORAS EXTRAS. HORÁRIO NOTURNO. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 3.673, DE 24 DE JUNHO DE 1991, ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL, PODE SER INSTITUÍDO O SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO, HIPÓTESE EM QUE A JORNADA DIÁRIA PODERÁ SER SUPERIOR A OITO HORAS, SENDO O EXCESSO COMPENSADO PELA CORRESPONDENTE DIMINUIÇÃO EM OUTRO DIA. APELO DO AUTOR DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME. (Apelação e Reexame Necessário Nº 599358454, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 22/09/1999)

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. HORAS EXTRAS. HORÁRIO NOTURNO. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. Nos termos da Lei Complementar nº 3.673, de 24 de julho de 1991, Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Caxias do Sul, pode ser instituído o sistema de compensação de horário, hipótese em que a jornada diária poderá ser superior a oito horas, sendo o excesso compensado pela correspondente diminuição em outro dia. Apelo do autor desprovido. Sentença confirmada em reexame. (Apelação Cível nº 599358454, 4ª Câmara Cível do TJRS, Caxias do Sul, Rei. Des. Vasco Della Giustina, j. 22.09.1999).

Referência Legislativa:

LEI COMPLEMENTAR Nº 3673 DE 1991 DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL

A propósito, vejamos os julgados da 4ª Câmara Cível sobre o tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO AUTÁRQUICO MUNICIPAL. SAMAE. REGIME DE 12 HORAS TRABALHO POR 36 DE DESCANSO. AÇÃO VISANDO PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS E REFLEXOS. SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. PREVISÃO LEGAL. ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. NÃO-PROVIMENTO EM GRAU RECURSAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA." (Apelação Cível Nº



70005544796, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 30/04/2003).

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DO CARGO DE VIGILANTE - HORAS EXTRAS - SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS PREVISTO NA LEI MUNICIPAL - PAGAMENTO DAS HORAS EXCEDENTES DEVIDAMENTE COMPROVADO - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - LEI LOCAL QUE CONDICIONA A DEFINIÇÃO DAS ATIVIDADES PENOSAS, INSALUBRES OU PERIGOSAS A AVALIAÇÃO PERICIAL, COM LAUDO A ELA ANEXADO EM FORMA DE ANEXO II - PREVALÊNCIA DESSA AVALIAÇÃO SOBRE PERÍCIA JUDICIAL - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Apelo desprovido.(Apelação Cível Nº 70007325582, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 17/03/2004).

Conclui-se que é possível a instituição do regime de compensação de horas para os servidores públicos, mas é necessária a previsão no Regime Jurídico dos Servidores do Município, atendendo assim ao princípio da legalidade. Uma vez existente a autorização legal acerca da possibilidade de instituição do sistema de compensação de horário no serviço público, verifica-se viável a implementação da medida no âmbito do Poder Legislativo e Executivo. Ou seja, uma vez existente o regime de compensação de horários nos termos de lei municipal, é possível, de acordo com a discricionariedade do ente público, a instituição do sistema de compensação de horário, hipótese em que é possível que a jornada diária exceda a oito horas, sendo o excesso compensado pela correspondente diminuição em outro dia.

Servidor público professor que exerce cargo de diretor de escola sem receber a devida remuneração está em desvio de função

Como nos ensina Anacleto de Oliveira Farias, o desvio de função, em direito administrativo, é a circunstância de o funcionário público desempenhar serviços não inerentes ao cargo que detém, implicando o exercício integralmente do conteúdo de outro cargo ou função, diversos daquele em que investido o servidor.⁵

Quando por exemplo um servidor público professor exerce comprovadamente funções de diretor de escola sem ter recebido a remuneração correspondente é típico caso de desvio de função. Assim, não obstante tenha sido nomeado para o cargo de professor, exercia funções de direção.

A jurisprudência entende que o princípio da legalidade não pode ser utilizado como um manto protetor de arbitrariedades e de enriquecimento sem causa pelo administrador público, logo, evidenciado desvio de função de servidores os mesmos merecerem a devida indenização.

A administração não pode alegar que a função de direção é inerente ao cargo de professor, onde não se caracterizaria como desvio o exercício dela. A natureza da função do professor, é a de ministrar aulas e não exercer atividades de administração, direção de uma escola.

Embora o desvio de função não dê ensejo a reenquadramento funcional ou mesmo equiparação salarial de vencimentos, o entendimento sedimentado é no sentido do direito à percepção das diferenças remuneratórias resultantes do desvio, conforme Súmula 378 do STJ que dispõe:

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

Nesse sentido vem se manifestando o Supremo Tribunal Federal. Senão vejamos:

⁵

Enciclopédia Saraiva do Direito, vol.24, pág. 297/298.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – **DESVIO DE FUNÇÃO – DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DAS REMUNERAÇÕES, SOB PENA DE INACEITÁVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO** – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 686203 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 04-09-2013 PUBLIC 05-09-2013)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul segue o mesmo entendimento de que evidenciado desvio de função gera o direito à percepção das diferenças remuneratórias resultantes do desvio, conforme Súmula 378 do STJ. Senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADESIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DA PASSO FUNDO. PROFESSORA. FUNÇÃO DE DIRETORA. DESVIO DE FUNÇÃO COMPROVADO. SÚMULA 378 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ADEQUADAMENTE FIXADOS. Embora o desvio de função não dê ensejo ao reenquadramento funcional ou mesmo equiparação dos vencimentos, o entendimento sedimentado é no sentido do direito à percepção das diferenças remuneratórias resultantes do desvio, conforme Súmula 378 do STJ. A verba honorária foi fixada de acordo com os ditames do art. 20 do CPC e com o princípio da moderação. RECURSOS DESPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70041478249, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Hilbert Maximiliano Akihito Obara, Julgado em 20/08/2015)

O servidor que desempenha função diversa daquela do seu cargo, embora não faça jus a reenquadramento ou equiparação salarial, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período em desvio de função sob pena de locupletamento indevido pela Administração Pública. Porém, deve ser observada a prescrição quinquenal. Senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. MUNICÍPIO DE CAPIVARI DO SUL. PROFESSORA. INSTRUTORA DE CRECHE. RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS. VERBA HONORÁRIA. ATUALIZAÇÃO. 1. O servidor que desempenha função diversa daquela do seu cargo, embora não faça jus a reenquadramento, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período em desvio de função, observada a prescrição quinquenal, sob pena de locupletamento indevido pela Administração Pública. Súmula 378 do STJ. 2. Verba honorária mantida nos moldes da sentença. 3. Aplica-se o IGP-M como índice

de correção monetária, a contar de cada vencimento, até a vigência da Lei 11.960/09, em 30/09/2009, e a partir daí, a correção monetária deve ocorrer pelos índices da caderneta de poupança até 25/03/2015, quando passa a incidir o IPCA, na forma do recente julgamento do STF quanto à modulação dos efeitos nas ADIN 4.357. Incidem juros moratórios a contar da citação (art. 219 do CPC). EDcl no REsp nº 1.356.120-RS. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO IMPROVIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70065093734, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 26/08/2015)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. PSICÓLOGO. DESVIO DE FUNÇÃO. JUROS E CORREÇÃO. 1. O servidor que desempenha função diversa daquela do seu cargo, embora não faça jus a reenquadramento, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período em desvio de função - observada a prescrição quinquenal -, sob pena de locupletamento indevido pela Administração Pública. Súmula 378 do STJ. 2. Comprovado nos autos que a parte autora exercia funções próprias do cargo de Psicólogo, impõe-se a procedência do pedido inicial. Precedentes. 3. Nas ações propostas após o advento da Lei 11.960/09, aplica-se o IGP-M como índice de correção monetária, a contar de cada vencimento, até 30/09/2009, e a partir daí, a correção monetária deve ocorrer pelos índices da caderneta de poupança até 25/03/2015, quando passa a incidir o IPCA, na forma do recente julgamento do STF quanto à modulação dos efeitos nas ADIN 4.357. Incidem juros moratórios a contar da citação (art. 219 do CPC). EDcl no REsp nº 1.356.120-RS. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70064951494, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 26/08/2015)

Conclui-se que comprovado o desvio de função em cargo que exige melhor qualificação e de melhor remuneração do que a do cargo que o servidor é titular, cabível a condenação do poder público ao pagamento de diferenças de vencimentos, sob pena de enriquecimento ilícito da administração pública. Quando por exemplo um servidor público professor exerce comprovadamente funções de diretor de escola sem ter recebido a remuneração correspondente é típico caso de desvio de função. Assim, não obstante tenha sido nomeado para o cargo de professor, exercia funções de direção. A administração não pode alegar que a função de direção é inerente ao cargo de professor, onde não se caracterizaria como desvio o exercício dela. A natureza da função do professor, é a de ministrar aulas e não exercer atividades de administração, direção de uma escola.