

REENQUADRAMENTO FUNCIONAL POR DESVIO DE FUNÇÃO. Agravo de instrumento em ação ordinária. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido aventada na contestação relegada para exame a final. Possibilidade de pedidos sucessivos. Aplicação da Súmula 339 à pretensão de reenquadramento. Manutenção do despacho agravado.

RAIMUNDO CESAR FERREIRA DA SILVA
Promotor Público em Porto Alegre

O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE agrava do despacho constante de fls. porque o magistrado, ao sanear o processo, entendeu de remeter o exame da preliminar argüida na contestação, de IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, para o final do processo em 1ª instância, sob a alegação de que o juiz deveria, por força do art. 329, do Código de Processo Civil, apreciar dita preliminar antes de oportunizar às partes a produção de provas.

Data vênia o eminente procurador do agravante laborou em equívoco ao interpretar o despacho ora agravado.

Não quis o preclaro julgador, ao prolatar o despacho, declarar a inviabilidade da preliminar aventada, mas, tão-somente, que essa prefacial fosse objeto de exame por ocasião da sentença final. Deduz, ainda, do despacho agravado, que o exame da preliminar seria feito por ocasião da decisão, antes de ser abordado o mérito, ficando este prejudicado em caso de ser aquela admitida. Em nada ficará prejudicado o preceito do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil. Reconhecida a preliminar o processo terá fim sem julgamento de mérito.

Cumprе ressaltar, pelo que se depreende da petição de fls., que o autor não formulou apenas o *pedido de reenquadramento de cargo*, mas, também, a diferença resultante do desvio de função, as diferenças de avanços e de gratificação adicional.

Com relação ao reenquadramento há jurisprudência assentada, inclusive do Excelso Pretório, de que ao Judiciário “não é lícito criar cargos nem aumentar vencimentos de servidores a pretexto de aplicação do princípio da isonomia”, mas, é verdade, também, que o Poder Público, em permitindo a continuação do desvio de função, está a se locupletar ilicitamente do trabalho do servidor, porquanto paga menos pelo exercício de uma função mais categorizada pecuniariamente.

Há votos, na jurisprudência, no sentido de que o funcionário poderia pleitear a diferença de vencimentos, pelo desvio de função, de quem o colocou nessa situação. Entretanto, tal alegação esbarra no princípio de que a pessoa jurídica de direito público é responsável pelos atos de seus prepostos. O Poder Público é que teria o direito regressivo contra o funcionário que determinou o desvio de função. O trabalho do funcionário em desvio é prestado ao Poder Público e, não, ao preposto que determinou o referido desvio, em flagrante desrespeito à lei. Não é o funcionário que burla a legislação, mas a própria administração por seu preposto.

Nessa linha de pensamento é forçoso admitir que a prova do desvio de função não dará direito ao funcionário de ser reenquadrado, mas não resta dúvida de que deverá ser "indenizado" pelo exercício de função superior ao cargo de que é detentor.

Dest'arte, estaria prejudicada a alínea "a" do pedido, mas são passíveis, ao menos de exame, as alíneas "b", "c" e "d".

A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA só se verificaria em relação ao reenquadramento, mas não se aplicaria aos demais componentes do pedido, pois, s.m.j., trata-se, no caso, de um pedido sucessivo, previsto no art. 289, do Código de Processo Civil, em que o não acolhimento do primeiro, não impede o conhecimento dos demais para uma possível concessão, já que, "a pretensão deduzida na inicial, não se mostra nem moral nem juridicamente ilegítima, sendo, ao revés, e sempre no plano teórico, sustentável, à luz dos princípios e normas que disciplinam a reparação do dano". (JULGADOS TARGS 26/196).

Assim sendo, opino que seja mantido o despacho agravado.

Porto Alegre, 24 de setembro de 1979.