

**Declaratória – Autos nº 139/2009.**

**Autor: Fabiano Nakanishi.**

**Ré: Prefeitura do Município de Londrina.**

## **S E N T E N Ç A**

### **I – RELATÓRIO**

**Fabiano Nakanishi**, já qualificado nos autos, propôs **ação declaratória** em face de **Prefeitura do Município de Londrina**, também já qualificada. Alegou, em síntese, que é servidor público municipal, lotado na Secretaria Municipal de Fazenda, Gerência de Fiscalização e Avaliação Imobiliária, Diretoria de Tributos Imobiliários, exercendo serviços de fiscalização fazendária. No seu dizer, com a vigência da Lei 9.337/2004, deveria ter sido enquadrado no cargo Técnico de Gestão Pública – Classe C10, contudo, foi enquadrado no cargo de Técnico de Gestão Pública – B01, o que lhe resultou prejuízo. Além disso, alegou fazer jus ao recebimento da ADAE – Adicional de Desempenho de Atividade Exclusiva do Estado. Diante disso, requereu fosse reconhecido e declarado o direito ao reenquadramento retro, bem como condenada a ré ao pagamento das diferenças de vencimentos e reflexos correspondentes desde a edição do Decreto nº. 128/2004, além da concessão do ADAE no percentual de 100% (cem por cento) ou, alternativamente, 40% (quarenta por cento), mediante a procedência dos pedidos, observada a sucumbência.

Em contestação (fls. 37/48), a ré arguiu preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e inépcia da inicial em relação ao pedido de horas extras. No mérito, sustentou que, o autor submeteu-se a concurso público para o cargo de agente administrativo transformado com o advento

do PCCS em Técnico de Gestão Pública – Classe B, não havendo que se falar, pois, em reenquadramento. Alegou mais, que o autor exerce cargo de confiança, recebendo o adicional correspondente, o que impede a configuração de desvio funcional. Além disso, sustentou que a Adm. Pública possui liberdade para organizar seu quadro funcional, sendo vedado o reenquadramento dos funcionários, com base no art. 37, inc. II da CF/88. Refutou a existência de provas em relação a eventuais horas-extras, além de sustentar a impossibilidade de concessão da ADAE, pois, o adicional referido somente pode ser conferido aos servidores que exerçam funções essenciais da atividade do Estado, o que não é o caso. Defendendo, ainda, a incidência da Súmula 339 do STF. Em conclusão, requereu a extinção do processo, sem resolução do mérito e sucessivamente a improcedência dos pedidos, impondo-se ao autor os encargos legais.

Réplica às fls. 63/71.

O Ministério Público anotou a desnecessidade de intervenção nos autos (fls. 88/90).

Às fls. 95, o feito foi convertido em diligência.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

### **1 – Julgamento antecipado da lide**

O julgamento antecipado da lide se faz autorizado com base no artigo 330, inciso I, do CPC, eis que a matéria fática encontra-se suficientemente delineada nos autos, permitindo-se desde logo a emissão de juízo de valor sobre o caso em exame.

## 2 – Preliminares

Não há se falar em **ilegitimidade passiva**, tendo em vista que as expressões "Prefeitura Municipal" e "Município" são equivalentes e, no caso, não importaram em prejuízo para a defesa.

A preliminar de **inépcia da inicial** confunde-se com o mérito da causa, razão pela qual será analisada em sede própria.

## 3 - Mérito

Segundo a inicial, após a edição da Lei Municipal n. 9.337/04, que definiu o Plano de Cargos, Carreiras e Salários (PCCS), no serviço público municipal, deveria o autor ser enquadrado no cargo de Técnico de Gestão Pública – Classe C10, e não no cargo de Técnico de Gestão Pública – Classe B01, como ocorreu mediante Decreto 128/2004 (fls.60/61).

Contudo, ao autor, não assiste razão.

Em verdade, verifica-se nos autos que, após os trâmites legais respectivos, o autor restou investido no cargo de Técnico de Gestão Pública – Assistência Técnica de Gestão, sendo que o Decreto 128/2004, procedeu ao reenquadramento regular de tal cargo, de acordo com as diretrizes firmadas na Lei Municipal nº. 9.337/04. Aliás, cotejando o documento de fls. 102 com o documento de fls. 61, verifica-se que o enquadramento se deu de maneira correta. Ou seja, tendo o servidor sido aprovado para o cargo de Agente Administrativo, o cargo correspondente, de acordo com o novo PCCS passou a ser Técnico de Gestão Pública – Assistência Técnica de Gestão.

O simples fato do autor, por ocasião da vigência da Lei em questão, prestar serviços, por força de designação, na função de fiscalização, não lhe assegura o reenquadramento pretendido, o qual deve se

operacionalizar com base no respectivo “cargo” anteriormente ocupado – o que de fato ocorreu –, sob pena de violação ao disposto no art. 37, II, da CF/88, que veda a investidura em cargo público sem prévia aprovação em concurso público. Nesse sentido, a jurisprudência:

**ADMINISTRATIVO - REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO - ART 37, II, DA CF/88 - EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS - DIREITO CONSTITUCIONAL - FATO PRETÉRITO - DIREITO INTERTEMPORAL - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO FRENTE À NOVA CONSTITUIÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROVA DO DESVIO DE FUNÇÃO - O ingresso em cargo ou emprego público somente ocorre através de concurso público, nos termos expressamente previstos pela Constituição Federal. - Art. 37, II, da Constituição Federal. - Reconhecer o direito dos apelantes aos vencimentos de cargo público, para o qual não se submeteram previamente a concurso, seria, por via oblíqua, burlar-se o preceito constitucional em tela, uma vez que a remuneração é qualidade essencial do cargo. - Inexistência de direito adquirido à incorporação de vencimento de cargo exercido de maneira irregular. - Precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal. - Recurso provido. (TRF 2ª R. - AC 2000.51.01.033318-4 - (316674) - 5ª T.Esp. - Rel. Des. Fed. Paulo Espirito Santo - DJU 06.12.2005 - p. 190).**

A matéria, aliás, já se encontra pacificada pela **Súmula 685, do STF**, nos seguintes termos: “*É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido*”.

Mas não é só, restou incontroverso nos autos que o autor exerce desde 2002, função de confiança, logo, ainda que em desvio de função, recebe gratificação específica (DAG – GERÊNCIA) – fls. 20, o que reforça o entendimento retro.

De outra parte, conclui-se que o autor não faz jus ao adicional de desempenho de atividade exclusiva de estado – ADAE, porquanto não preenche os requisitos legais, constantes do art. 20, *caput*, da Lei Municipal nº 9.337/04, já com as alterações da Lei Municipal nº 9.414/04.

O “Adicional de Desempenho de Atividade exclusiva do Estado” – ADAE, nos termos do art. 20, *caput*, da Lei nº 9.337/04, com nova redação dada pela Lei nº 9.414/04, é devido aos ocupantes de cargos do Grupo de Carreiras de Estado, no importe de 100% dos vencimentos do servidor, sendo extensivo aos cargos de técnico de saúde pública; técnico de gestão pública, que desempenham atividades específicas, descritas por referido dispositivo.

Nos termos do art. 21, da Lei nº 9.337/04, com redação da Lei nº 9.414/04, restou instituído o adicional por responsabilidade técnica aos ocupantes dos cargos de “gestor de engenharia”, de “arquitetura” e “territorial”, bem como aos ocupantes de “técnico em gestão pública”, no desempenho de certas atividades.

O art. 5º, III, da Lei nº 9.337/04, com redação da Lei nº 9.414/03, esclarece o que se entende por “carreiras de Estado”, vale dizer, grupo composto de cargos cujas atribuições abrangem essencialmente a defesa jurídica dos interesses do Município, o exercício do Poder de Polícia, a auditoria interna e tributária e o planejamento, a organização e o controle institucional.

E mais: segundo o Grupo III, do Anexo I, da Lei n. 9.337/04, também fazem parte do Grupo de Carreiras de Estado, os seguintes cargos: auditor interno, auditor fiscal de tributos, fiscal do município, procurador do município, analista de sistemas, assistente de auditoria interna – transitório, contador, gestor de planejamento, economista, administrador, analista de sistemas – transitório e assistente fazendário – transitório.

Assim, sendo não enquadrando o autor no grupo de carreiras de Estado, conforme art. 5º, III, e/ou do Grupo III, do Anexo I, ambos da Lei Municipal nº 9.337/04, e/ou outras disposições legais a alicerçarem sua pretensão, impõe-se a improcedência dos pedidos.

### **III – DISPOSITIVO**

Em face do exposto, **julgo improcedentes** os pedidos formulados na inicial. Em conseqüência, condeno o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do procurador da ré, estes arbitrados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), sopesados os critérios legais (CPC, art. 20, § 4º), observado o disposto nos arts. 11 e 12, da Lei n. 1.060/50.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Londrina, 27 de setembro de 2010.

**José Ricardo Alvarez Vianna**

**Juiz de Direito**