



**ESTADO DA PARAÍBA  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
GAB. DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES**

**DECISÃO TERMINATIVA**

**Remessa Oficial e Apelação Cível nº 0058334-30.2012.815.2001 — 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital**

**Relator** : Ricardo Vital de Almeida, juiz convocado para substituir o Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides  
**Apelante** : Estado da Paraíba  
**Procurador** : Igor Rosalmeida Dantas  
**Apelado** : Antônio Pinto de Lacerda  
**Advogado** : Francisco de Andrade Carneiro Neto  
**Remetente** : Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital

**PREJUDICIAL DE MÉRITO — PRESCRIÇÃO — TRATO SUCESSIVO — INSUBSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO — REJEIÇÃO.**

— *Cuidando-se de obrigações de trato sucessivo e não havendo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito pleiteado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a propositura da ação (enunciado nº 85 da Súmula do STJ). (STJ, AgRg no AgRg no REsp 557.252/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 11.06.2007 p. 347).*

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER — SERVIDOR PÚBLICO — DESVIO DE FUNÇÃO C/C DIFERENÇA SALARIAL — RESTITUIÇÃO APENAS DA DIFERENÇA PRETÉRITA — IMPOSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO NO CONTRACHEQUE — MODO INDIRETO DE REENQUADRAMENTO — INCORPORAÇÃO INADMISSÍVEL — PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS — ENTENDIMENTO FIRMADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES — ART. 557, § 1º-A DO CPC — PROVIMENTO PARCIAL.**

— *A jurisprudência dos Tribunais Superiores já está sedimentada no sentido de ser admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual foi originariamente designado.*

— *O exercício de cargo em desvio de função não gera direito além daqueles inerentes ao cargo para qual foi nomeado, não podendo tais diferenças serem implantadas no contracheque do servidor, constituindo forma indireta de reenquadramento. No caso, cabe ao servidor tão-somente o pagamento das diferenças salariais correspondentes aos últimos 5 (cinco) anos, a título de indenização.*

Vistos, etc.

Trata-se de **Remessa Oficial e Apelação Cível** interposta pelo **Estado da Paraíba** contra a sentença de fls. 53/56, proferida nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por **Antônio Pinto de Lacerda**, julgando procedente em parte o pedido inicial, condenando o promovido a pagar as diferenças salariais em razão do desvio de função, referentes ao quinquênio anterior à propositura da ação, bem como a implantação em seu contracheque da diferença salarial devida, tão somente enquanto a promovente estiver em desvio de função. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 58/67), sustenta ser inexistente o direito à equiparação.

Contrarrazões às fls. 58/64.

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a decisão monocrática em todos os seus termos (fls. 80/82).

**É o relatório. Decido.**

### **Prejudicial de Mérito**

Sustenta o recorrente que *“o suposto direito do demandante está sujeito aos efeitos da prescrição extintiva, cujo prazo tem início a partir da data em que o interessado teve efetivo conhecimento da lesão perpetrada, o que, no presente caso, se deu em agosto/2004.”*

Não assiste razão ao recorrente. Primeiro, porque o demandante começou a exercer suas atividades em 01 de outubro de 1980 e não em agosto/2004 e segundo, que a lesão aqui ora examinada é de trato sucessivo, não havendo que se falar em prescrição senão vejamos:

Cuidando-se de obrigações de trato sucessivo e não havendo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito pleiteado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a propositura da ação (enunciado nº 85 da Súmula do STJ). (STJ, AgRg no AgRg no REsp 557.252/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 11.06.2007 p. 347).

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. DESVIO FUNCIONAL. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS ENQUANTO SUBSISTIR O DESVIO FUNCIONAL. PRECEDENTES DO STJ. JUROS DE MORA. CARÁTER ALIMENTAR DA DÍVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

**Em sendo relação jurídica de trato sucessivo com a Fazenda Pública, a questão já se encontra pacificada nesta Corte, na forma da Súmula nº 85 do STJ. 2. Havendo uma contraprestação de serviço, o servidor faz jus à diferença salarial correspondente ao exercício de cargo diverso daquele para o qual foi efetivamente contratado, enquanto subsistir o desvio funcional, sob pena de se configurar um locupletamento ilícito por parte da Administração. Precedentes do STJ (Resp nº 205.021, Rel. Min. Edson Vidigal e Resp nº 142.286, Rel. Min. Fernando Gonçalves). 3. Os juros de mora devem ser fixados em 12% (doze por cento) ao ano, a partir da**

**citação, tendo em vista o caráter alimentar da dívida. 4. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação." (fl. 170).**

Por tais razões, rejeito a prejudicial suscitada.

### **Mérito**

O promovente, servidor público estadual desde 01 de outubro de 1980, assegurou que, apesar de desenvolver as atividades de agente penitenciário, recebe a remuneração relativa ao cargo de “*prestador de serviços*”. Nesses termos, ingressou com a presente ação pleiteando as diferenças remuneratórias não recebidas entre a função que exerce e o cargo que ocupa.

Para fazer prova do alegado, juntou os documentos de fls. 10/26.

O magistrado *a quo*, a seu turno, julgou procedente em parte o pedido inicial, condenando o promovido a pagar as diferenças salariais em razão do desvio de função, referentes ao quinquênio anterior à propositura da ação, bem como a implantação em seu contracheque da diferença salarial devida, tão somente enquanto a promovente estiver em desvio de função. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Pois bem. A matéria, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, já está pacificada no sentido de que o pagamento de **diferença salarial** por desvio de função de servidor público não implica em isonomia, tampouco infringe norma constitucional, pois não consiste em alocar o servidor em função para a qual não foi aprovado em prévio concurso público.

Igualmente, também é descabido o argumento de que a manutenção da sentença representaria promoção, pelo Judiciário, de isonomia salarial, em confronto com a Constituição Federal e a Súmula 339 do STF, a qual afirma: "*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia*". Na verdade, a pretensão do autor/apelado é de perceber a diferença salarial, em face do desvio de função, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Em suma, o cerne da questão não é o reenquadramento sem prévio concurso público, o que, de fato, é vedado pela Constituição Federal; ou mesmo promoção de isonomia, mas o reconhecimento do desvio de função, como, de fato, vem acontecendo, compelindo-se o Estado da Paraíba a apenas efetuar o pagamento da diferença devida ao seu servidor.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 375/STJ. 1. **Jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a ocorrência de desvio de função por servidor público, importa no reconhecimento do direito às diferenças salariais decorrentes. Entendimento ratificado pela Terceira Seção do STJ, ao editar a Súmula n. 378/STJ, in verbis: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes". 2. Recurso especial provido.** (REsp 1249455/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. **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. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (destaquei)

O que se depreende do julgado em destaque é que a Administração Pública não se pode locupletar do labor de um dos seus servidores, sendo este o motivo de admissibilidade do pagamento de diferença salarial de funcionário desviado de função.

Neste sentido, cite-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. VENCIMENTOS. DIFERENÇAS DEVIDAS. DIREITO DO SERVIDOR. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. **Caracterizado o desvio de função, o servidor público tem o direito à percepção das diferenças de vencimentos, posto que se assim não fosse, restaria configurado o enriquecimento ilícito da Administração Pública em detrimento do servidor. O art. 37, II, da CR/88 não permite o provimento de cargo sem concurso, mas não obsta a percepção das diferenças de vencimentos do cargo de origem e das funções do cargo para o qual fora desviado.** Se os honorários advocatícios foram fixados com fidelidade aos princípios legais que os regem, não há se falar em alteração do *quantum* arbitrado. Reformar parcialmente a sentença no reexame necessário. Dar parcial provimento ao 1º recurso e negar provimento ao 2º recurso. (destaquei).

No mesmo norte caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. I. - **O servidor público desviado de suas funções, após a promulgação da Constituição, não pode ser reenquadrado, mas tem direito ao recebimento, como indenização, da diferença remuneratória entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato. Precedentes.** II. - A análise dos reflexos decorrentes do recebimento da indenização cabe ao juízo de execução. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Agravo não provido. (RE 486184 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 16-02-2007 PP-00047 EMENT VOL-02264-09 PP-01812).

Pela leitura dos autos, denota-se ter sido determinado na sentença a implantação da diferença salarial no contracheque da recorrida.

Registre-se que o fato do promovente/apelado exercer o mencionado cargo configurou desvio de função, porquanto é uma irregularidade administrativa, que gera ao servidor, tão-somente, direito às diferenças inerentes ao cargo o qual ocupou, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, devendo a sentença ser reformada no sentido da inadmissibilidade de implantação das diferenças salariais em seu contracheque.

Desse modo, resta à promovente, tão-somente, o direito ao recebimento das diferenças salariais, a título de indenização, respeitada a prescrição quinquenal.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. Ação de obrigação de fazer c/ cobrança de diferenças salariais. Decisão que deu provimento parcial à apelação cível. Irresignação. Exercício do cargo de agente de segurança penitenciária por prestador de serviços gerais. Alegação pela edilidade de inexistência de provas do desvio de função. Fato incontroverso. Comprovação pelo autor ora recorrido. Indenização consistente na equiparação de vencimentos. Possibilidade. Súmula nº 378 do superior tribunal de justiça. Não configuração de reenquadramento. Impossibilidade de implantação das diferenças salariais enquanto perdurar o desvio de função. Juros de mora com base na caderneta de poupança. Inteligência do art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09. Reforma do decisum quanto a esse ponto. Provimento parcial do recurso. Em que pesem as alegações da edilidade quanto à inexistência de provas do desvio de função, estas não devem prosperar, pois, em momento algum, o estado questionou, com precisão, a existência do desvio de função, o que se tornou fato incontroverso, nos termos do art. 302, in fine, c/c art. 334, III, ambos do CPC. Ademais, o recorrido trouxe aos autos documentos que comprovaram a sua atuação como agente penitenciário, mas com vencimentos de simples prestador de serviços, com ganhos em valores bem inferiores. Segundo a Súmula nº 378 do STJ, “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”. O servidor prejudicado pelo desvio de função será indenizado nos valores correspondentes às diferenças salariais, não importando a decisão em reenquadramento funcional. O desvio de função é ato ilícito, não podendo o judiciário reconhecê-lo para gerar efeitos para o futuro. Caso o desvio persista, deverá o servidor buscar os mecanismos legais para a correção da ilegalidade. **A implantação das diferenças salariais, enquanto perdurar o desvio de função, consiste em indenizar fato ainda não ocorrido, o que se revela indevido. O art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09, estabelece que “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.” logo, após a entrada em vigor da Lei, não podem mais incidir os juros de 0,5% ao mês, devendo os juros moratórios serem aplicados com base na caderneta de poupança. (TJPB; AC 0047135-79.2010.815.2001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 14/07/2014; Pág. 12)**

Por fim, com relação aos honorários, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, não há que se falar em reforma, pois o arbitramento encontra-se compatível com o deslinde da causa.

Ante todo o exposto, **dou provimento parcial aos recursos**, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, para excluir a implantação no contracheque da autora da diferença salarial referente ao desvio de função, mantendo a decisão nos seus demais termos.

**Publique-se e Intime-se.**

João Pessoa, 11 de novembro de 2014.

***Ricardo Vital de Almeida***  
***Juiz convocado***