



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D ã O

AGRAVO INTERNO nº 0018534-97.2009.815.2001

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

AGRAVANTE 01 :Reginaldo Batista do Nascimento

ADVOGADO :Francisco de Andrade Carneiro Neto

AGRAVANTE 02 :Estado da Paraíba

PROCURADOR :Felipe de Brito Lira Souto

AGRAVADOS :Os mesmos

ADMINISTRATIVO – Agravo interno – Insurgência contra decisão que deu provimento parcial à apelação cível e à remessa oficial – Ação de obrigação de fazer c/c cobrança de diferenças salariais – Servidor público estadual – Desvio de função – Comprovação – Direito a percepção, a título de indenização, da diferença de remuneração entre o cargo ocupado e a função efetivamente exercida – Impossibilidade de equiparação – Desprovimento.

– Correta a decisão que deu provimento parcial aos recursos, pois a Administração não pode se locupletar do labor de um de seus servidores, impondo-se, assim, a manutenção da condenação do Estado da Paraíba ao pagamento das diferenças salariais devidas à promovente pelo período fixado.

– Reconhecido o desvio de função, somente é possível o pagamento das

diferenças a título de indenização, sem que jamais possa haver a equiparação de servidor em outro cargo público.

V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados,

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação unânime, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator e da súmula do julgamento de fl. 138.

RELATÓRIO

Tratam-se de agravos internos interposto por **REGINALDO BATISTA DO NASCIMENTO**, e pelo **ESTADO DA PARAÍBA**, devidamente qualificados nos autos, em face da decisão monocrática, fls.114/122, que, com espeque no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento parcial à apelação cível ao recurso oficial.

Consta dos autos às fls. 68/72 que a MM. Juíza de piso proferiu sentença na ação de obrigação de fazer c/c cobrança de diferenças salariais julgando procedente os pedidos contidos na inicial, condenou o Estado da Paraíba a pagar ao promovente *“os vencimentos da função realmente exercida, devendo o valor remuneratório perdurar enquanto o autor exercer as funções de agente penitenciário, (fl.71). E, “ao pagamento dos valores retroativos relativos à diferença de vencimentos da função exercida de Agente Penitenciário, desde julho de 2005 até enquanto perdurar o desvio de função”, (fl.38).* Ao final, condenou, o ora apelante, ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignado, o Estado da Paraíba interpôs recurso apelatório, aduzindo, em suas razões, que é vedado o provimento derivado em cargo público, ou seja, sem a aprovação em concurso público, sendo assim, caso a equiparação salarial seja confirmada, caracterizar-se-ia um reenquadramento disfarçado, violando preceitos fundamentais como a isonomia.

Alegou, ainda, que somente percebem a remuneração de Agente de Segurança Penitenciária os agentes estatais que ocupam tal cargo na Administração, não podendo agente que titulariza cargo diverso pretender a mesma remuneração, mediante a violação do princípio constitucional do amplo acesso aos cargos públicos por concurso.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso apelatório, com a inversão do ônus da sucumbência.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 103/109, pugnando pela total improcedência do apelo.

Feito não remetido ao Ministério Público, em razão do não preenchimento das hipóteses elencadas no art. 82 do Código de Processo Civil.

A relatoria, monocraticamente, com amparo no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento parcial à remessa necessária e à apelação cível, para reforma a sentença prolatada pelo juiz “a quo”, tão somente, *“para afastar da condenação fixada a determinação de imediata implantação da diferença remuneratória entre o vencimento do cargo efetivo e os daquele que é exercido pelo apelado, restando devidas apenas as diferenças salariais pelo período não atingido pela prescrição”* (fls. 114/122).

Inconformados com a decisão monocrática ambas as partes interpuseram recurso.

O autor interpôs agravo interno gizando que *“não deve prevalecer a decisão que negou o direito ao recebimento da remuneração em seu contracheque referente à função que exerce atualmente, já que caracterizado o desvio de função”,* (fl.03). Requereu, alfim, que seja modificada *“a decisão que cassou o direito ao recebimento da remuneração igual aos que exercem a mesma função, enquanto permanecer o desvio de função”*(fl.129).

A edilidade ré, por sua vez, interpôs agravo interno, fls. 131/133, aduzindo, em síntese, a inexistência de provas acerca do desvio de função, expondo que *“o simples fato do recorrido exercer as mesmas funções de um agente penitenciário concursado mas perceber menos do que ele não descamba, por si só, para o desvio de função”,* fl.132.

Verberou, ainda, que o “Judiciário não pode, a pretexto de corrigir diferenças salariais, determinar a equiparação de vencimentos entre um determinado servidor e um outro apontado como paradigma, pena de ofender a súmula 336 do STF”, fl.132. Alfim, pugnou caso não haja reconsideração da decisão, que seja julgado o recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

A decisão objeto destes agravos internos deu provimento parcial à remessa oficial e à apelação cível, nos art. 557, §1º - A, do CPC, afastando a determinação de imediata implantação da diferença remuneratória entre o vencimento do cargo efetivo e os daquele que é exercido pelo apelado, e mantendo a sentença de origem nos seus demais termos.

A controvérsia do presente recurso cinge-se em saber se tem o autor direito a perceber a diferença salarial existente entre o seu vencimento e o do cargo de agente de segurança penitenciária, a título de indenização.

Pois bem. Não vislumbro nas razões dos presentes agravos, fundamento suficiente a modificar a decisão monocrática, devendo esta ser confirmada pelos seus próprios fundamentos.

É que acertadamente agiu esta relatoria, isso porque não há dúvidas, diante das provas carreadas aos autos, que o autor realmente vem desempenhando a função de Agente Penitenciário, quer dizer, evidencia-se dos autos o vínculo laboral do promovente com o Estado da Paraíba, bem como o desvio de função.

Ademais, do confronto do contracheque do promovente (fl. 19/20) com o do servidor paradigma (fl.22), conclui-se que ele não percebe vencimentos equivalentes à função que desempenha, inexistindo, inclusive, registro de vencimento pelas atribuições de cargo exercido.

Ressalva-se que para que se reconheça o desvio de função, basta unicamente a comprovação do exercício de cargo público idêntico ao paradigma e a disparidade de vencimentos, não subsistindo a tese do segundo agravante de que o fato de exercer o recorrido as mesmas funções de um agente penitenciário não descamba para o desvio de função.

Nesse horizonte, cumpre gizar que é intolerável, por ser abusivo e irregular, que a Administração designe um prestador de serviço para exercer ofício sem a correspondente remuneração compatível com a função, sobretudo em local de trabalho de reconhecida periculosidade.

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

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, *“Nos casos de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças vencimentais decorrentes do exercício desviado, tem ele direito aos valores correspondentes aos padrões que, por força de progressão funcional, gradativamente se enquadraria caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não ao padrão inicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia e de enriquecimento sem causa do Estado.”* (REsp 1.091.539/AP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 30/3/2009).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no REsp 945.094/AP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 22/08/2011)” (grifei)

Sem destoar:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ART. 87 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 46/94. NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA. REGULAMENTADA PELA RESOLUÇÃO N.º 14/01 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXERCÍCIO, EM DESVIO DE FUNÇÃO, DAS FUNÇÕES ATINENTES AO CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. PLEITO RELATIVO À “INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE”. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS.

1. O art. 87 da Lei Complementar Estadual n.º 46/94 é norma de eficácia contida, a qual somente foi regulamentada quando da edição da Resolução n.º 14/01 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Precedente.

2. O desvio de função não implica direito ao reenquadramento ou à reclassificação, mas em face do exercício de funções alheias ao cargo que ocupa, o servidor faz jus ao pagamento das diferenças remuneratórias no período correspondente.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.

(RMS 27.831/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 27/09/2011)” (grifei)

Ainda:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS DEVIDAS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1.091.539/AP, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL. MULTA. ART. 557, § 2º, DO ESTATUTO PROCESSUAL.

1. Na hipótese, o servidor não tem direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças salariais decorrentes do exercício em desvio de função. A ele é assegurado o direito aos valores correspondentes aos padrões em que, por força de progressão funcional, gradativamente seria enquadrado, caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não aos valores devidos ao padrão inicial.

2. Orientação firmada no julgamento do REsp 1.1091.539/AP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

(...)

4. Agravo Regimental não provido, com aplicação de multa.

(AgRg no REsp 1235817/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 11/05/2011)” (grifei)

Das razões expostas e dos julgados acima ementados, depreende-se que a Administração não pode se locupletar do labor de um de seus servidores, impondo-se, por conseguinte, a manutenção da condenação do Estado da Paraíba ao pagamento das diferenças salariais devidas ao promovente pelo período fixado.

Agiu acertadamente a decisão monocrática objurgada quando assentou a impossibilidade de implantação no contracheque do autor da remuneração equivalente à do cargo de agente de segurança penitenciário enquanto permanecer no exercício de função.

Isso porque tal circunstância representa verdadeiro enquadramento do autor em cargo ou função de Agente Penitenciário, prática vedada, como forma de provimento do cargo, pela Constituição Federal.

Assim, reconhecido o desvio de função, somente é possível o pagamento das diferenças a título de indenização, sem que jamais possa haver a equiparação de servidor em outro cargo público.

Nesse diapasão, colhem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: 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. - Agravo não provido.

(RE 486184 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 16-02-2007 PP-00042 EMENT VOL-02264-09 PP-01808)” (grifei)

No mesmo sentido:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO À PERCEPÇÃO DE VENCIMENTOS DE CARGO SUPERIOR. NÃO EXISTÊNCIA. AFRONTA AO ARTIGO 37, INCISO II, DA C8/88. ERRO MATERIAL NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. 1. A Constituição do Brasil não admite o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele que é titular. Não há direito adquirido à incorporação de vencimentos de cargo exercido de maneira irregular, em afronta às exigências contidas no artigo 37, inciso II, da Constituição de 1988. Precedentes da Corte. 2. Erro material no julgado a respeito da realidade dos fatos constantes do processo. Inexistência. Embargos de declaração rejeitados. (RE 311371 AgR-ED, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 22/06/2005, a705-08-2005 PP-00088 EMENT VOL-2199-5 PP-00963)” (grifei)

Não é outro o entendimento da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça da Paraíba em casos análogos ao dos autos:

APELAÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRETENSÃO AO PERCEBIMENTO DE VERBAS ADMINISTRATIVAS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SENTENÇA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA POR PRESTADOR DE SERVIÇOS GERAIS. INDENIZAÇÃO CONSISTENTE NA EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REENQUADRAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

- Segundo a Súmula 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.**

(TJPB - Acórdão do processo nº 0026606-39.2010.815.2001 - Órgão (2ª CÂMARA CÍVEL) - Relator Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho - j. em 13/03/2014). (Grifei)

Portanto, conclui-se que o apelado somente poderá ocupar efetivamente o cargo de agente de segurança penitenciário, se prestar concurso público.

O Pretório Excelso, através do verbete de número 339, já, inclusive, sumulou o entendimento acima esboçado, “in verbis”:

“Súmula 339 STF – Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”

Nesse contexto, é forçoso concluir que a decisão monocrática combatida encontra-se absolutamente consentâneo com o escólio pretoriano prevalente, não merecendo qualquer reparo.

Por tais razões, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos interpostos pelas partes, mantendo, em todos os seus termos, a decisão vergastada.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos.

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 16 de setembro de 2014.

Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator