



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO Nº 0024654-88.2011.815.2001

Relator : *Miguel de Britto Lyra Filho – Juiz de Direito Convocado.*

Origem : *3ª Vara da Fazenda Pública da Capital.*

Apelante : *Estado da Paraíba*

Procurador : *Paulo Barbosa de Almeida Filho.*

Apelada : *Genilda dos Santos Guzman Torres.*

Advogado : *Gustavo Lima Neto.*

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SENTENÇA JULGADA PROCEDENTE. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. 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. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO.

- Segundo o Enunciado nº 378 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “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, contudo, a decisão em reenquadramento funcional. De outro vértice, conceder-se tais diferenças para o futuro é indenizar fato simplesmente ainda não ocorrido, ratificando uma conduta ilícita por parte da Administração, o que

importaria, de fato, em um reenquadramento disfarçado, o que é vedado sem a realização de novo concurso público.

- Considerando a natureza da causa, o trabalho realizado pelo patrono do autor e o tempo exigido para o serviço, entendo que a verba arbitrada pelo juiz a quo fora conjugada de acordo com o princípio da equidade e da razoabilidade, com fundamento nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do Diploma Processual Civil.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão ordinária, à unanimidade, dar provimento parcial aos recursos, nos termos do voto do relator.

Trata-se de **Recurso Oficial e Apelação Cível** interposta pelo **Estado da Paraíba**, hostilizando a sentença do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, nos autos da “**Ação de Desvio de Função c/c Cobrança de Valores Vencimentais e tutela antecipada**”, manejada por **Genilda dos Santos Guzman Torres**, julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“Sendo assim, e com esteio também nos art. 269, I, e 459 do CPC, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, e condeno o promovido para que passe a pagar a autora os seus vencimentos de acordo com os funcionários que exercem a mesma função, enquanto figurar na função de Agente de Segurança Penitenciário, bem como sendo a autora credora da diferença de vencimentos da função exercida de Agente Penitenciário (Agente de Segurança Penitenciária), deverá receber pelas diferenças pretéritas desde julho de 2006 (estando período anterior atingido pela prescrição), com correção e juros pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97. Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, conforme atual entendimento do STJ. Isento de custas, condeno o promovido no pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado do autor, no montante de 10% do valor da condenação”.

Inconformado, o Estado da Paraíba interpôs Recurso Apelarório (fls. 74/80), em cujas razões defende ser inexistente o direito à equiparação, bem como às diferenças remuneratórias.

Sustenta, ainda, a inexistência do direito à equiparação, sob pena de se burlar a exigência de concurso público. Ao final, pugna pela reforma da sentença, julgando-se improcedentes os pedidos autorais, ou,

subsidiariamente, que seja reduzido o percentual da condenação relativa aos honorários sucumbenciais.

Contrarrazões não apresentadas (fls. 84).

Instada a se pronunciar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo prosseguimento do recurso, sem manifestação do mérito, porquanto ausente o interesse público que torne necessária a intervenção ministerial (fls. 88).

É o relatório.

VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo, bem como do reexame necessário, passando a analisá-los conjuntamente.

Como relatado, a presente demanda visa à cobrança de diferenças salariais, em virtude do desvio de função da servidora pública **Genilda dos Santos Guzman Torres**.

Prefacialmente, há de se destacar que, ao contrário do que o apelante alega, há prova inequívoca do desvio de função, conforme se depreende da declaração exarada pelo diretor da Penitenciária Média Hitler Cantalice (fls. 14) que atesta que a servidora exerce o cargo de Agente de Segurança Penitenciária.

Realmente, o simples fato de estar lotada em cadeia pública/penitenciária, tal como no caso em epígrafe não implica necessariamente a realização de função de agente penitenciário, visto que o servidor pode exercer diversas funções administrativas, sem relação com a função de agente penitenciário. Entretanto, considerados de uma forma holística, uma análise sistemática inerente ao juízo de prova, aliados ainda às declarações dos próprios órgãos administrativos do ente recorrente, fazem prova robusta dos fatos alegados.

Assim, uma vez ultrapassada a questão probatória alegada, há de se analisar as consequências que o desvio de função gera, especialmente sob o prisma da alegação defensiva de que a Constituição Federal veda qualquer forma de reenquadramento funcional, ou seja, o servidor público não pode ser enquadrado em cargo diverso do que foi investido, na medida em que os cargos públicos só seriam acessíveis mediante a aprovação em concurso público destinado ao seu provimento.

Com efeito, como se infere do art. 37, inciso II, da Carta Fundamental, a norma é bastante clara ao exigir a aprovação em concurso para a investidura em cargo público. Registre-se:

“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:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Portanto, não restam dúvidas de que a recorrida só poderia ocupar, **efetivamente**, o cargo de agente penitenciário se houvesse prestado concurso público para o referido cargo. Todavia, restando-se evidenciado o desvio de função para a qual foi contratada, assumindo compromissos e obrigações que demandavam maior complexidade, torna-se perfeitamente possível o direito da autora receber, a título de indenização, as diferenças dos vencimentos da função efetivamente desempenhada, respeitada a prescrição quinquenal, como bem asseverou o juízo *a quo*.

A medida tem o propósito de evitar o enriquecimento sem causa por parte do Poder Público, caracterizando-se, frise-se, como medida indenizatória, e não de implantação de novos valores em contracheque, o que configuraria reenquadramento funcional, vedado sem realização de novo concurso público.

Assim, é bem verdade que não existe qualquer previsão legal para a equiparação salarial entre ocupante de cargo público realizado em desvio de função com o servidor paradigma, uma vez tratar-se de situação fática que não deveria ocorrer na Administração Pública.. Contudo, não há que abjurar a realidade para eximir o Estado da Paraíba ao pagamento dos valores reclamados na inicial, sob pena de culminar no enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, desprestigiando, ainda, a prevalência da realidade sobre a forma.

Registre-se mais uma vez que a “equiparação salarial” operada nada mais é que uma indenização, consistente nos valores das diferenças salariais. Não deixando margem a qualquer dúvida, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou, em 2009, o Enunciado nº 378 de sua Súmula, com a seguinte redação:

“Enunciado 378. *Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.*

Por outro lado, não se pode conceder estabilidade à parte autora, muito menos qualquer reenquadramento funcional.

Acompanhando o raciocínio, tem entendido esta Egrégia Segunda Câmara do Tribunal de Justiça da Paraíba:

*“Apelação cível. Ação de cobrança. Servidor contratado. Desvio de função. Agente administrativo exercendo a função de agente penitenciário. Alegada promoção de isonomia salarial. Descabimento. Não infringência à Súmula nº 339 do STF ou a dispositivo constitucional. Diferença salarial. Possibilidade de pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito do estado em detrimento do servidor. Sentença mantida. Desprovimento. **A jurisprudência dos tribunais superiores já está sedimentada no sentido de que é admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual foi originariamente nomeado, não sendo a hipótese de promoção de isonomia salarial.** (TJPB; AC 200.2010.027110-1/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel^a Des^a Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira; DJPB 26/06/2013; Pág. 11).*

Assim, a parte da sentença, que determinou a implantação da diferença salarial no contracheque da demandante pelo tempo em que durar o desvio de função, não poderá ser confirmada, havendo de ser necessariamente reformada a decisão neste ponto.

Isso porque, como é cediço, o desvio de função é ato irregular, ilícito, não podendo o Judiciário aceitá-lo para fazer perdurar, no futuro, uma situação anômala. Caso o desvio persista, deverá a servidora buscar os mecanismos legais para a correção da ilegalidade, não podendo em hipótese alguma o Judiciário reconhecer sua manutenção para o futuro, deferindo desde já a equiparação salarial em decorrência da persistência de uma ilegalidade.

Conceder tais diferenças para o futuro é indenizar fato simplesmente ainda não ocorrido, ratificando uma conduta ilícita por parte da Administração, importando, de fato, em um reenquadramento disfarçado, o que é vedado sem a realização de novo concurso público.

Nesse sentido, importa destacar julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. POLICIAL MILITAR. FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. REENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇA SALARIAL. DEVIDA. I. As atividades inerentes a carreira dos policiais militares não incluem as tarefas de guarda, custódia e vigilância dos recolhidos em estabelecimentos prisionais, de modo que o seu

exercício por estes profissionais revela nítido desvio de função. II. O reconhecimento do desvio de função não autoriza, contudo, o reenquadramento do cargo, dada a exigência constitucional de aprovação prévia em concurso público (CF, art. 37, II). Por outro lado, deve-se pagar a diferença da remuneração, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do Estado. Inteligência da Súmula nº 378 do STJ. III. Negou-se provimento ao recurso”. (TJDF; Rec 2006.01.1.012091-3; Ac. 596.613; Sexta Turma Cível; Rel. Desig. Des. José Divino de Oliveira; DJDFTE 22/06/2012; Pág. 260).

No que se refere ao *quantum* fixado a título de honorários sucumbenciais, cumpre ressaltar que para fixação da verba honorária, deve o magistrado considerar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Além disso, quando existente condenação em valor certo a apreciação do juiz terá como parâmetros o percentual mínimo de dez por cento e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação.

Sobre o tema, leciona **Nelson Nery Júnior**:

“Critérios para Fixação dos Honorários. São objetivos e devem ser advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em consideração pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado” (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 379).

Contudo, é de se ponderar que nas ações em que for vencida a Fazenda Pública deve-se observar o disposto no parágrafo 4º do mesmo preceptivo legal, o qual dispõe que *“nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”*, não se submetendo, contudo, aos limites percentuais mínimos e máximos do § 3º desse mesmo dispositivo.

In casu, considerando a natureza da causa, o trabalho realizado pelo patrono do autor e o tempo exigido para o serviço, entendo que a verba arbitrada pelo juiz *a quo* (10% do valor da condenação) fora conjugada de acordo com o princípio da equidade e da razoabilidade, com fundamento nos

§§ 3º e 4º, do art. 20, do Diploma Processual Civil, razão pela qual merece ser mantida.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO E À REMESSA OFICIAL**, para reformar a sentença no tocante à implantação das diferenças salariais no contracheque do demandante, julgando improcedente o pleito da inicial neste ponto, mantenho íntegro os demais termos da sentença.

Em razão da reforma da sentença e verificada a sucumbência recíproca, cada litigante deve arcar com os honorários de seu patrono e ratear as despesas processuais de forma igualitária, observando-se a isenção legal conferida à promovida.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, juiz convocado em substituição ao Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, o Exmo. Dr. Onaldo Rocha de Queiroga, juiz convocado em substituição 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, 17 de novembro de 2015.

Miguel de Britto Lyra Filho
Juiz de Direito Convocado - *Relator*