



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

DECISÃO MONOCRÁTICA

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002415-90.2011.815.2001

RELATOR : Juiz convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO
APELANTE : Estado da Paraíba, rep. por seu Procurador
PROCURADOR : Paulo Barbosa de Almeida Filho
APELADO : José Ivan Gonçalves Barbosa
ADVOGADO : Francisco de Andrade Carneiro Neto
ORIGEM : Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital
JUIZ : Algacyr Rodrigues Negromonte

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DA DIFERENÇA SALARIAL. RECONHECIMENTO. TRABALHO EFETIVAMENTE PRESTADO. OBRIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REMUNERAR CORRETAMENTE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. OBEDIÊNCIA A SÚMULA 378 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STF E STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. REFORMA QUE SE IMPÕE. MINORAÇÃO HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. APLICAÇÃO DO ART. 557 CAPUT DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA E DESPROVIMENTO DO APELO.

- São devidos ao servidor que trabalhou em desvio de função, à título de indenização, os valores resultantes da diferença salarial entre os vencimentos do cargo ocupado e da função efetivamente exercida, enquanto permanecer a irregularidade funcional, sob pena de locupletamento indevido da Administração (Precedentes do TJ/PB e do STJ).

- Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes. (Súmula 378 do STJ).

Vistos etc.

Trata-se de Remessa Necessária e, de Apelação Cível interposta pelo Estado da Paraíba, inconformado com a Sentença de fls. 55/57, que julgou procedente o pedido formulado por José Ivan Gonçalves Barbosa, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer Cumulada com Cobrança de Diferenças Salariais

Nas razões recursais, às fls. 68/75, o Recorrente insurge-se contra a decisão, alegando, em síntese, que inexistente direito à equiparação salarial. Por fim, na hipótese de vencida sua tese, pede a minoração dos honorários sucumbenciais arbitrados.

Não houve apresentação de Contrarrazões, conforme fl. 79.

A Procuradoria de Justiça, às fls. 84/87, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, pontuo que a controvérsia veiculada, nesta demanda, foi devolvida a esta instância recursal por meio da Remessa Necessária, autorizando a este Órgão a analisá-la de forma mais ampla.

Pois bem.

Os autos versam sobre a análise do pedido do Promovente que é Agente Administrativo, mas, desde 2001 desempenha suas atividades como Agente Penitenciário. Pleiteia ter seu direito reconhecido no sentido de perceber proventos iguais a servidor que desempenha função idêntica a sua.

Pelos documentos constantes do caderno processual, contracheques e cópia portaria de designação, observa-se que apesar do Autor, ora Apelado, ter sido admitido no cargo de Agente Administrativo, exerce, de fato, as funções de Agente Penitenciário, cuja remuneração extrapola a sua.

Ratificando as afirmações postas nos autos, a portaria de nº 081/COSIPE, fl. 15, designa o Apelado para presta serviços como Agente Penitenciário na Cadeia Pública da Comarca de São João do Rio do Peixe.

Assim, pode-se observar que a decisão de primeiro grau encontra-se amparada em jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

É entendimento unânime nos Tribunais Superiores, que o servidor público desviado de suas funções não faz jus ao “reenquadramento”, mas deve perceber as diferenças salariais em relação ao cargo cujas funções realmente exerceu.

STJ – AGRAVO REGIMENTAL . RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO AOS VALORES REFERENTES AO CARGO ENQUANTO EXERCIDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. 1. Consoante entendimento pacífico dessa Corte, na hipótese de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito a ser promovido ou reenquadrado no cargo ocupado, tem ele direito às diferenças vencimentais devidas em decorrência do desempenho de cargo diverso daquele para o qual foi nomeado. Incidência da Súmula 378/STJ. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Resp. 1.155.545/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Dje 05.10.2011).

Na mesma linha, colhe-se do Supremo Tribunal Federal os seguintes julgados:

STF – AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA TRABALHISTA. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. REENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DAS REMUNERAÇÕES, SOB PENA DE INACEITÁVEL

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Ag no AI 281111/PR, Ministro Celso de Mello, DJe 18.02.2010).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REENQUADRAMENTO. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (Ag no AI 743886/SE, Ministra Carmen Lúcia, DJe 27.10.2009)

Posição contrária, negando ao servidor o direito a receber vencimentos iguais aos demais servidores que desempenham as mesmas funções, importaria em enriquecimento ilícito do Ente Estatal. É o que assegura recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

STJ - RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE FUNÇÃO RECONHECIDO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DIFERENÇAS DEVIDAS. ART. 458, II, DO CPC NÃO VIOLADO. INCIDÊNCIA DA MP 2.180/01. INOVAÇÃO. DESCABIMENTO. 1º-F DA LEI 9.497/97. REDAÇÃO DA LEI 11.960/09. INCIDÊNCIA A PARTIR DE SUA ENTRADA EM VIGOR. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.205.946/SP. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS. 1. **Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus ao reenquadramento, tem direito de perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido em favor da Administração. Inteligência da Súmula 378 do STJ.** (Ag Rg no AREsp.8409/RS. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0097627-0. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Órgão Julgador. T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 19/04/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 02/05/2012).

Nesse sentido, é a jurisprudência recente deste Tribunal:

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. DESVIO DE FUNÇÃO.

COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS CONFECCIONADOS NO ÂMBITO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PARTE DO ESTADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO PECUNIÁRIA DA FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1º- F, DA LEI 9.494/1997, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA, SEGUNDO RECENTE ENTENDIMENTO DO STJ. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. PROVIMENTO MONOCRÁTICO PARCIAL DO RECURSO OFICIAL. - **São devidos ao servidor que trabalhou em desvio de função, a título de indenização, os valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo ocupado e da função efetivamente exercida, enquanto permanecer a irregularidade funcional, sob pena de locupletamento indevido da Administração. (Precedentes do TJPB e do STJ).** - "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." (STJ. REsp 759802 / RS. Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. J. em 06/09/2007). "AGRAVO INTERNO. SEGUIMENTO NEGADO À APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESVIO DE FUNÇÃO. SERVIDOR CONTRATADO. PRESTADOR DE SERVIÇOS. AGENTE PENITE (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00643399720148152001, - Não possui -, Relator DES JOSE RICARDO PORTO , j. em 06-10-2015)

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÕES PRÓPRIAS DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DIFERENÇA SALARIAL. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO E PAGAMENTO RETROATIVOS DEVIDOS. PROVIMENTO DA APELAÇÃO E DESPROVIMENTO DO RECURSO OFICIAL. **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 designado, não sendo a hipótese de promoção de isonomia salarial.** (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00489293320138152001, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA , j. em 21-09-2015)

Não é pretensão do Autor/Apelado se utilizar do Judiciário para obter promoção ou isonomia salarial, o que confrontaria a Constituição Federal e Súmula 339 do STF, a qual afirma que “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 Apelado é a de perceber a diferença salarial, em face das atividades que desempenha, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Ressalte-se, inclusive, que tal solução não afronta a norma constitucional que determina que os cargos públicos somente podem ser providos após a regular aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, pois seria também inconstitucional, por afronta ao princípio isonômico, permitir que dois servidores, cujas atribuições são idênticas, percebessem vencimentos diferenciados.

Neste sentido, eis os seguintes precedentes do STF e STJ:

STF - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. **Desvio de função. Direito à percepção do valor da remuneração devida, como indenização, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. 3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 623260/MG, AG. REG. NO AGR.INST., Rel.Min. Eros Grau, 2ª T, j. 13.03.2007).**

STJ - PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. VENCIMENTOS. DIFERENÇAS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. I - As violações a dispositivos constitucionais não podem ser objeto de recurso especial porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte. II - **Reiterada jurisprudência desta Corte**

no sentido de que o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus a reenquadramento, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido pela Administração. III - É vedado, em sede de agravo regimental, ampliar a questão trazida à baila no recurso especial, colacionando razões não suscitadas anteriormente. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 771.666/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, DJ 05.02.2007, p. 340)

É cediço que são inúmeras as ações propostas por servidores públicos do Estado da Paraíba que se encontram em desvio de função e pleiteiam diferenças salariais equivalentes aos que desempenham função semelhante.

Diante das razões expostas e dos julgados acima ementados, depreende-se que a Administração Pública não pode se locupletar do labor de um dos seus servidores, impondo-se, a manutenção da condenação do Estado da Paraíba ao pagamento das diferenças salariais devidas ao Promovente, conforme sentença de 1º Grau.

Desse modo, mantenho a sentença nesse ponto.

Quanto aos juros de mora e à correção monetária, urge ressaltar que o STJ firmou entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública “[...] **para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma:** percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-lei 2.332/87, no período anterior a 27/08/2001, data da publicação da Medida Provisória 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei 9.497/97; percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória 2.180-35/2001, até o advento da Lei 11.960, de 29/06/2009 (DOU de 30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97; juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, **incidindo a correção monetária**, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova

redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, **calculada com base no IPCA**, a partir da publicação da referida Lei (30/06/2009)". STJ, AgRg REsp 1086740/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª TURMA, 10/12/2013, 10/02/2014.

Nesse sentido, vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO (FUNDEF). VALOR ANUAL MÍNIMO POR ALUNO (VMAA). FIXAÇÃO. CRITÉRIO. MÉDIA NACIONAL. ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/09. MATÉRIA PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. ADI 4.357/DF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.101.015/BA, da relatoria do Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 2/6/10, recurso submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou entendimento no sentido de que, para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF (art. 60 do ADCT, redação da EC 14/96), o Valor Mínimo Anual por Aluno - VMAA, de que trata o art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.424/96, deve ser calculado levando em conta a média nacional. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.270.439/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, adequou seu entendimento ao decidido na ADIn 4.357/DF, julgada pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09. **Assim, os juros de mora nas ações contra a Fazenda Pública devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.** 3. "Segundo a jurisprudência desta Corte, a pendência de julgamento pelo STF, de ação em que se discute a constitucionalidade de lei, não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ" (AgRg no Resp 1.359.965/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 31/05/2013). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 130.573/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014)

Assim, nesse ponto, merece reparo a Sentença.

No que diz respeito aos honorários sucumbenciais, sem muitas delongas, a Sentença, também, não há que ser modificada. É que, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, não sendo condenatório o provimento judicial, ou sendo vencida a Fazenda Pública, hipótese dos autos, o valor dos honorários sucumbenciais deve ser fixado consoante apreciação equitativa do magistrado.

Assim, levando em conta as diretrizes do § 3º do mesmo dispositivo legal anterior, sobretudo a natureza e a importância da causa, o tempo de tramitação do feito, bem como o trabalho profissional exigido, entendo que o valor arbitrado na Sentença (15% (quinze por cento) do valor apurado na execução do julgado) mostra-se adequado. Até porque, se é verdade que os honorários contra a Fazenda Pública devem ser fixados de forma comedida, também o é que não podem espelhar valor irrisório.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo consignou que "dada a simplicidade da causa e tendo em conta a inexistência de dilação probatória nos presentes autos por se tratar de questão de direito (inclusive resolvida em sede de recurso repetitivo pelo e. STJ, tendo sido apresentadas apenas a inicial, contestação e réplica), e sem desconsiderar o zelo do causídico, se mostra correto o valor da verba honorária fixada pelo juízo a quo (R\$ 5.000,00). Bem por isso, não merece provimento o apelo". 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.155.125/MG, de relatoria do Ministro Castro Meira, na sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou orientação no sentido de que, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo segundo o critério de equidade. 3. A revisão da verba honorária implica, como regra, reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Excepciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. 4. O STJ entende ser inadmissível, na via estreita do Recurso Especial, a aferição do grau de

sucumbência, ante a necessidade de reexame de matéria de fato, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 462.524/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014).

Tem mais, o valor dos honorários sucumbenciais arbitrado atendeu as exigências dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade comumente aplicados à espécie.

Firme em tais razões, nos termos do art. 557, caput, do CPC, **PROVEJO PARCIALMENTE** a Remessa Necessária, para adotar a nova interpretação do STJ, quanto a forma de cálculo da atualização do valor da condenação. No mais, **DESPROVEJO** o Apelo, mantendo a Sentença nos demais termos

Publique-se. Intimações necessárias.

João Pessoa, ____ de outubro de 2015

Juiz Convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO
Relator