



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO E RECURSO OFICIAL Nº 0048929-33.2013.815.2001

RELATOR : Desembargador João Alves da Silva

APELANTE : Francisco Assis dos Santos (Adv. Francisco de Andrade Carneiro Neto)

APELADO : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador, Igor de Rosalmeida Dantas

REMETENTE: Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

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.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas.

ACORDA a 4ª Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, dar provimento à apelação e negar provimento ao recurso oficial, nos termos do voto do relator, integrando a decisão a súmula de julgamento de fl. 63.

Relatório

Trata-se de recurso oficial e apelação interposta por Francisco Assis

dos Santos contra sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na ação de cobrança cumulada com obrigação de fazer proposta pelo apelante em desfavor do Estado da Paraíba.

Na sentença, o magistrado entendeu que restou demonstrado o exercício de funções próprias de agente penitenciário, daí porque condenou a edilidade a efetuar o pagamento da diferença da contraprestação equivalente, nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda. De outro lado, rejeitou a pretensão de implantação dos valores, aduzindo que o desvio de função é ato irregular, não podendo o Judiciário aceitá-lo para fazer perdurar, no futuro, a situação anômala.

Inconformado, recorre o autor aduzindo que reconhecido o desvio de função, o servidor tem direito às diferenças salariais decorrentes do exercício do cargo respectivo. Ao final, pede o provimento do recurso para reformar a sentença e determinar a implantação dos valores equivalentes ao risco de vida e auxílio alimentação enquanto perdurar o desvio de função.

Intimado, o recorrido não apresentou contrarrazões. Diante da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, deixo de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do artigo 169, § 1º, do RITJPB c/c o artigo 82, ambos do Código de Processo Civil vigente.

É o relatório que se revela essencial.

VOTO

A controvérsia devolvida a esta Corte reside em definir se o servidor público desviado de sua função original tem direito a receber a contraprestação equivalente ao cargo exercido.

No caso dos autos, restou efetivamente demonstrado pela documentação trazida pelo autor sua condição de servidor público, na qualidade de auxiliar de serviço, exercendo, todavia, atribuições do cargo de agente penitenciário.

O desvio de função é tão inequívoco que o Estado da Paraíba emitiu a identidade funcional do servidor com o cargo de Agente de Segurança Penitenciário, conforme resta demonstrado pelos documentos de fl. 13. Além disso, o autor juntou provas de curso de capacitação para o exercício do cargo, preparação esta realizado pelo próprio réu (fl. 16).

Ademais, os autos se encontram instruídos com várias portarias designando o servidor para prestar serviços em unidades prisionais, participando, inclusive, da escala de plantão (fl.15).

Resta evidente que o demandante, Auxiliar de Serviço, exerce as

atribuições do cargo efetivo de agente de segurança, sem perceber, por outro lado, a remuneração equivalente.

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 consiste em alocar o servidor em função para a qual não foi aprovado sem 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, cujo teor 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 da demandante é de perceber as diferenças salariais pagas a menor, em face de exercer as atribuições próprias de um agente penitenciário, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Destarte, não vislumbro a hipótese de isonomia salarial, até porque referido princípio foi expressamente revogado pela Emenda Constitucional nº 19/98, que modificou o art. 39, § 1º da Lei Maior. Nesse sentido, é pertinente o comentário do Professor José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

O princípio da isonomia remuneratória, anteriormente prevista no art. 39, § 1º, da CF, estabelecia que fariam jus à igualdade de vencimentos os servidores da administração direta que ocupassem cargos de atribuições iguais ou cargos assemelhados de um mesmo Poder ou entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvando apenas as vantagens de caráter individual e as concernentes à natureza ou ao local de trabalho. A intenção do Constituinte foi a de evitar as disparidades remuneratórias entre cargos idênticos, situados em estruturas funcionais diversas. Em outras palavras, o assistente social do Poder Executivo deveria perceber a mesma remuneração que o assistente social do Poder Judiciário ou Legislativo.¹

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 de que o Estado da Paraíba, historicamente, lança mão de conduta lesiva ao servidor público e à sociedade – desvio de função, para suprir necessidade sua, da qual, por incompetência, inércia administrativa ou mero desprezo com a gestão pública, não consegue viabilizar pela via constitucionalmente prevista.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. 17ª ed. revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007. p.631.

Destaco, ainda, que não se pode admitir que a Administração viole a Constituição Federal (art. 37), no que diz respeito à exigência do concurso como regra para ingresso no serviço público, e lance mão desta mesma exigência constitucional para justificar o pagamento a menor de pessoas designadas para exercer funções estranhas àquelas do cargo público que exercem.

Intolerável, por ser abusivo e irregular, é a Administração, designar um de seus servidores 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 pronunciou sobre o assunto:

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. ² (destaquei)

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

Na realidade, tal prática revela, de um lado, a exploração da força de trabalho do servidor hipossuficiente; de outro, o desinteresse da Administração com a qualidade do serviço, ao postergar a realização de concursos públicos para o preenchimento de cargos vagos em categorias especializadas.

Assim, o mínimo que se pode garantir ao servidor, em tais situações, é não apenas de receber as diferenças que não foram pagas o período não alcançado pela prescrição, mas também o direito de perceber a diferença salarial enquanto perdurar o desvio de função. Neste sentido, apresento 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

² REsp 619058/RS – Recurso Especial nº 2003/0224934-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128). Quinta Turma (T5). Julgamento: 15/03/2007. Publicação: DJ 23.04.2007 p. 291.

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.³ (destaquei).

Ademais, em que pese o teor da Súmula 339 do STF, entendo que, neste caso, o Judiciário não está promovendo isonomia salarial, mas, provocado pelo jurisdicionado, não pode calar diante de flagrante irregularidade, em detrimento do servidor desviado da função originária. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento análogo, entendeu que em casos desse jaez é inaplicável a Súmula 339 do STF. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, quando há desvio de função do servidor público, é devida a diferença salarial correspondente à função efetivamente desempenhada, sendo inaplicável, no caso, o enunciado nº 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental improvido.⁴

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.⁵

No mesmo sentido, transcrevo julgado do Supremo Tribunal Federal, editor da Súmula 339, anteriormente mencionada:

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.

³ Processo 1.0024.04.516891-1/001(1). Relator: Belizário de Lacerda. TJMG. Julgamento: 30.05.2006. Publicação: 07.07.2006.

⁴ AgRg no REsp 439.244/RS, 6.ª Turma-STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 15/03/2004.

⁵ STJ - REsp 619058 / RS - Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima - T5 - DJ 23/04/2007 p. 291.

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. Decisão: A Turma converteu os embargos de declaração no recurso extraordinário em agravo regimental no recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.⁶

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988. IMPOSSIBILIDADE DE REENQUADRAMENTO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o desvio de função ocorrido em data posterior à Constituição de 1988 não pode dar ensejo ao reenquadramento. No entanto, tem o servidor direito de receber a diferença das remunerações, como indenização, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado" (AI 339.234-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence). Outros precedentes: RE 191.278, RE 222.656, RE 314.973-AgR, AI 485.431-AgR, AI 516.622-AgR, e REs 276.228, 348.515 e 442.965. Agravo regimental desprovido. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime.⁷

Diante do exposto, e considerando as manifestações jurisprudenciais emanadas das Cortes Superiores, dou provimento à apelação para reformar a sentença e determinar a implantação da Gratificação do Risco de Vida e do Auxílio Alimentação nos rendimentos do apelante, enquanto estiver desviado de sua função. De outro lado, nego provimento à remessa oficial, por não vislumbrar razões para outras alterações na sentença. É como voto.

DECISÃO

A Quarta Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação e negar provimento ao recurso oficial, nos termos do voto do relator.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Participaram do julgamento o Exmo. Des. João Alves da Silva, O Exmo. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira e o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho.

⁶ RE-ED 486184 / SP. Emb.Decl. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12/12/2006. Primeira Turma do STF. Publicação: DJ 16-02-2007 PP-00047.

⁷ RE-AgR 433578 / DF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 13/06/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma – STF. Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00047.

Presente ao julgamento a Exma. Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias
Feitosa, Promotora de Justiça Convocada.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal
de Justiça da Paraíba, em 21 de setembro de 2015.

João Pessoa, 22 de setembro de 2015.

Desembargador João Alves da Silva
Relator