ACÓRDÃO

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO Nº 0000284-06.2015.815.2001.
Relator : *Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*
Origem : *4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.*
Apelante : *Estado da Paraíba.*
Procurador: *Delosmar Domingues de Mendonça Júnior.*
Apelado : *Maria da Penha Alves.*
Advogado : *Francisco de Andrade Carneiro Neto – OAB/PB 7.964.*

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. FALTA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. PRECEDENTES DO STJ E DO TJPB. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

- O princípio da dialeticidade exige que os recursos ataquem os fundamentos específicos das decisões que objetivam impugnar.

- Neste pensar, percebe-se que o apelante não trouxe qualquer argumento capaz de impugnar a fundamentação do juízo sentenciante, discutindo, ao contrário, matéria estranha ao caso dos autos, a saber, o desvio de função da autora. Assim, não se desincumbindo de seu ônus de impugnar especificamente a decisão vergastada, apontando motivação necessária de seu inconformismo, não há como se conhecer do recurso.

REMESSA NECESSÁRIA. 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. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. APROVEITAMENTO PARCIAL DO *DECISUM*. READEQUAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO OFICIAL.

- 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.

- A sentença se mostra *ultra petita* quando o magistrado julga além dos pedidos formulados pela parte autora. Essa nulidade, todavia, é sanável, o que enseja a redução e adequação da decisão aos pedidos articulados. *In casu*, determinou o Magistrado *a quo* o o pagamento das diferenças salariais referentes aos vencimentos, gratificações e demais vantagens aos exercem a mesma função de agente de segurança penitenciário, quando a autora pugnou apenas pelo pagamento das parcelas de risco de vida e auxílio-alimentação, restando, pois, evidente a necessidade de adequação do *decisum* aos pleitos iniciais.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão ordinária, não conhecer da apelação cível e dar parcial provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Remessa Necessária** e de **Apelação Cível** interposta pelo **Estado da Paraíba,** desafiando sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, lançada nos autos da **Ação Ordinária de Cobrança c/c Obrigação de Fazer** manejada por **Maria da Penha Alves.**

Na peça de ingresso, a parte autora afirmou que foi nomeada pelo Ente Estatal para exercer o cargo efetivo de auxiliar de serviços, porém, desde 01 de julho de 2002, passou a laborar na função de agente penitenciário sem perceber a gratificação de risco de vida e o auxílio-alimentação.

Em virtude dos fatos acima, pugnou: a) pela implantação no contracheque da gratificações de risco de vida e auxílio-alimentação iguais aos que exercem a função de agente penitenciário, enquanto permanecer no exercício da referida função; b) condenação do promovido ao pagamento

retroativo das diferenças salariais.

O Ente Estatal apresentou contestação (fls.30/41), aduzindo, em suma, que a autora ingressou nos quadros da Administração mediante contrato temporário, tendo sido previamente ajustado o salário a ser percebido. Ressalta não haver que se falar em desvio de função e, consequentemente, em equiparação salarial. Também ressalta a prescrição quinquenal. Finalmente, pugna pela improcedência do pedido autoral.

Réplica impugnatória (fls. 47/49).

Decidindo a querela, o Magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente os pedidos autorais, através do édito judicial de fls. 56/59, consignando os seguintes termos na parte dispositiva:

> *"Isto posto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado por JOSE ALBERTO GABRIEL em face do ESTADO DA PARAÍBA, e o faço para determinar o pagamento das diferenças salariais referentes aos vencimentos, gratificações e demais vantagens aos exercem a mesma função de agente de segurança penitenciário, do período pretérito em que observado o desvio de função, respeitada a prescrição quinquenal, e observada a aplicação de juros de mora de 0,5% ao mês e correção monetária pelo INPC desde o vencimento de cada importância devida. Não merece ser acolhido o pedido de implantação das aludidas verbas no contracheque do autor, vez que para exercer, efetivamente, o cargo de agente penitenciário, deve se submeter ao respectivo concurso público".*

Insatisfeito, o promovido manejou Apelação Cível (fls. 61/77), discutindo pagamento de adicional de insalubridade e a ausência de lei específica regulamentadora da referida matéria.

Contrarrazões às fls. 80/85.

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça (fls. 90), opinou pelo prosseguimento do recurso sem manifestação meritória, por ausência de interesse público primário.

As partes foram notificadas nos termos do art. 10 do Novo Código de Processo Civil (fls. 92), tendo o Estado da Paraíba manifestado-se às fls. 96/100.

É o relatório.

DECIDO.

<u>Da apelação cível:</u>

Ab initio, para que o mérito da demanda possa ser analisado, o magistrado deve, preliminarmente, averiguar os pressupostos processuais e as condições da ação, os quais são comumente chamados de pressupostos processuais de admissibilidade do julgamento de mérito, seja quando da propositura da inicial, seja em sede recursal.

Como é cediço, um dos requisitos formais de admissão do recurso é a impugnação específica do conteúdo decisório, de forma que a argumentação apresentada seja minimamente impugnatória e capaz de, em tese, modificar o julgado. Trata-se do princípio da dialeticidade recursal.

Pois bem, na hipótese dos autos, observa-se que o Estado da Paraíba não trouxe qualquer argumento capaz de impugnar a fundamentação do juízo sentenciante, discutindo, ao contrário, matéria estranha ao caso dos autos, a saber, o desvio de função da autora.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para se constatar que as razões apelatórias não se insurgem de forma específica, como exigido pelo ordenamento jurídico pátrio, em relação à condenação imposta no *decisum* objurgado.

Assim, percebe-se que o apelante não se contrapôs ao fundamento da sentença, infringindo, portanto, o princípio da dialeticidade, não se observando o pressuposto processual de admissibilidade referente à regularidade formal do recurso, restando, por conseguinte, prejudicada a análise dos demais argumentos recursais.

Nesse sentido, colaciono precedente do Tribunal da Cidadania:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.* ***AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA,*** *NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO APELO EXTREMO NA ORIGEM. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INADMISSÍVEL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1.* ***Em razão do art. 544, §4º, I, do CPC e do princípio da dialeticidade, não se pode conhecer do agravo em recurso especial quando a parte agravante não refuta, especificamente, todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo extremo na origem. Precedente.*** *2. Agravo regimental a que se nega provimento".* (STJ/AgRg no AREsp 765.349/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015).

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, igualmente, tem

jurisprudência nesse sentido:

> *"AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. MORTE VIOLENTA OCORRIDA FORA DO LOCAL DO TRABALHO. NÃO COBERTURA SECURITÁRIA. IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE COBERTURA PARA MORTE NATURAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. REGULARIDADE FORMAL DO RECURSO. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 557, 'CAPUT', DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.* ***O princípio da dialeticidade recursal, que encontra fundamento no artigo 514 do código de processo civil, assegura que o apelante deve demonstrar ao juízo ad quem as razões, de fato e de direito, pelas quais entende cabível a reforma ou anulação da sentença recorrida. Ao deixar, o recorrente, de expor os fundamentos de fato e de direito que o levaram a rebelar-se contra a decisão guerreada, denota-se que o mesmo não atendeu a um requisito de admissibilidade recursal, o que leva ao não conhecimento da súplica interposta****. Ante o exposto, e com base no artigo 557, caput, do código de processo civil1, nego seguimento ao apelo. (tjpb; AI 2012681-86.2014.815.0000; Rel. Des. José ricardo porto; djpb 05/11/2014; pág. 17)."* (TJPB; AgRg 0005941-58.2012.815.0731; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides; DJPB 27/11/2015; Pág. 26).

> *"PROCESSUAL CIVIL. Embargos de declaração contra decisão monocrática. Recebimento como agravo interno. Possibilidade. Princípio da fungibilidade. Conhecimento. Insurgência contra decisão que negou seguimento à apelação. Razões dos embargos com argumentação e fatos alheios às razões de decidir. Impossibilidade de seguimento. Ofensa ao princípio da dialeticidade. Precedentes jurisprudenciais do STJ. CPC, 500, II. Manutenção da decisão. Desprovimento do recurso. Em respeito ao princípio da economia processual e da fungibilidade recursal, devem ser recebidos como agravo interno os embargos de declaração, opostos para rediscussão da matéria em sede de decisão monocrática que negou seguimento ao recurso apelatório.* ***O princípio da dialeticidade traduz a necessidade de que o recorrente descontente com o provimento judicial interponha a sua irresignação de***

> ***maneira crítica, ou seja, discursiva, sempre construindo um raciocínio lógico e conexo aos motivos elencados no decisório combatido, apresentando a fundamentação de suas razões de modo a possibilitar o conhecimento pleno das fronteiras da insatisfação. A ausência de ataque direto aos fundamentos da decisão recorrida, impossibilita a delimitação da atividade jurisdicional, e impõe o não conhecimento do recurso por não observância ao princípio da dialeticidade previsto no artigo 514, inciso II, do código de processo civil"*** (TJPB; EDcl 0000092-86.2012.815.0511; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos; DJPB 23/11/2015; Pág. 14).

Assim, como o recorrente não se desincumbiu de seu ônus de impugnar especificamente a decisão vergastada, apontando motivação necessária de seu inconformismo, não há como se conhecer do recurso.

Da remessa necessária:

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Remessa Necessária, pelo que passo a examiná-la.

Na presente hipótese, observa-se que a questão controvertida consiste em saber se é lícita a equiparação remuneratória entre a recorrida, auxiliar de serviços, mas exercendo a função de agente penitenciário e o servidor paradigma, investido mediante concurso público na função de agente de segurança penitenciário.

Como se viu, Maria da Penha Alves, embora nomeada para exercer a função de auxiliar de serviços, exercia a função de agente penitenciário, buscando indenização consistente na diferença remuneratória entre as duas funções, notadamente o valor da gratificação de risco de vida e auxílio-alimentação.

Com efeito, como se depreende do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, 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 nomeado, assumindo compromissos e obrigações que demandavam maior complexidade, torna-se perfeitamente possível o direito do autor 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.

Ademais, cumpre observar a presunção de veracidade da situação funcional alegada pela autora, que exerce função diversa daquela prevista no seu cargo público. No caso concreto, competia ao Estado da Paraíba manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, refutando-os conforme estabelece o Código de Processo Civil. No entanto, ao revés disto, em momento algum o Estado impugnou com precisão os fatos condizentes ao desvio de função.

Não bastasse o que acima foi mencionado, a promovente ainda trouxe aos autos documentos (fls. 17/24) que comprovaram a sua atuação como agente penitenciário, mas com vencimentos em valores bem inferiores.

Indubitável que, tendo a Administração Pública efetivado o desvio de função de servidor estável, nasce para o mesmo o direito à indenização pelo serviço prestado, com base na diferença entre as respectivas remunerações.

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 378 de sua Súmula, com a seguinte redação:

*"**Enunciado 378.** Reconhecido o desvio de função, o*

servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes."

Igualmente a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, em casos bastante similares, nos seguintes termos:

> *"REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE ADMINISTRATIVO QUE EXERCE O CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DO SALARIO ATINENTE AO CARGO EXERCIDO. RECONHECIMENTO. TRABALHO EFETIVAMENTE PRESTADO. OBRIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REMUNERAR CORRETAMENTE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STF E STJ. DESPROVIMENTO.* ***Embora não tenha direito ao reenquadramento funcional, o servidor público que, em desvio de função, ;presta atividades diversas daquelas relativas às atribuições de seu cargo efetivo, faz jus à percepção das diferenças salariais existentes entre os respectivos vencimentos, a título de indenização, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado."*** *(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00023162320118152001, - Não possui -, Relator DESA. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES , j. em 16-06-2016)*
>
> *REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DIFERENÇAS SALARIAIS C/C AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIDOR CONTRATADO. DESVIO DE FUNÇÃO. COMPROVAÇÃO. EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DIREITO AO PERCEBIMENTO DAS DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS PRETÉRITOS. APLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 378, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL. -* ***O desvio de função de servidor não pode vir em seu prejuízo financeiro e em favor da Administração Pública, a qual se locupletará indevidamente pelos serviços prestados pelo agente em outra função, configurando o enriquecimento sem causa.*** *- Embora a nossa Constituição Federal não preveja a*

> *possibilidade de reenquadramento, o servidor possui direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período que laborou em desvio de função. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00907643520128152001, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO , j. em 28-07-2015). (grifo nosso).*

Com efeito, o reconhecimento do direito à percepção das diferenças remuneratórias em apreço não se trata de aumento de vencimento de servidor público, mas sim de retribuição pecuniária conforme as atividades que desempenha, haja que vista que não pode ser penalizado por irregularidade administrativa de desvio funcional cuja responsabilidade é do respectivo ente para o qual labora. Portanto, a decisão vergastada não contraria a Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal.

Entrementes, um ponto merece destaque. Consoante relatado, o Magistrado a quo julgou parcialmente procedentes os pleitos autorais, determinando "*o pagamento das diferenças salariais referentes aos vencimentos, gratificações e demais vantagens aos exercem a mesma função de agente de segurança penitenciário*". No entanto, o pleito da autora limitou-se às parcelas de risco de vida e auxílio-alimentação.

Verifica-se, pois, de ofício, incorrer a sentença em vício de ordem pública, porquanto ser defeso ao juiz condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Como é cediço, a prestação jurisdicional se vincula aos pedidos formulados na demanda, sendo o princípio da congruência previsto tanto no antigo regramento processual civil (arts. 128 e 460 do CPC de 1973) quanto no Novo Código de Processo Civil (arts. 141 e 492). Consagrou-se, assim, a existência de determinados vícios processuais quando se observa que o magistrado não analisou na sua integralidade os pedidos formulados, ou, analisando-os, concedeu tutela além do quantitativo postulado ou mesmo em objeto diverso do demandado. Tal cenário conduz à existência de sentença *citra petita* ou *infra petita*, *ultra petita* ou *extra petita*, respectivamente.

Fredie Didier Jr. leciona:

> *"na decisão ultra petita o juiz exagera e, na extra petita, ele inventa, na decisão citra petita o magistrado se esquece de analisar algo que tenha sido pretendido pela parte ou tenha sido trazido como fundamento do seu pedido ou da sua defesa". (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2, 5ª ed,, Salvador: JudPODIVM, 2010, pág.*

319).

Na situação dos autos, conforme já exposto, o Magistrado foi além do pleito da inicial. Logo, incorreu em vício de julgamento *ultra petita,* devendo, pois, ser sanado com a redução da sentença aos limites do que fora pleiteado, a saber, as parcelas de risco de vida e auxílio-alimentação, pagas ao paradigma do desvio de função.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015, **NÃO CONHEÇO** da **Apelação Cível**. Em sequência, no tocante à **Remessa Necessária**, dou-lhe **PARCIAL PROVIMENTO**, para, reconhecendo o vício *ultra petita* da sentença, reformá-la para adequar a condenação do ente estatal ao pleito autoral, determinando, assim, o pagamento das parcelas de **risco de vida** e **auxílio-alimentação**, concedidas aos que exercem a mesma função de agente de segurança penitenciário, do período pretérito em que observado o desvio de função, respeitada a prescrição quinquenal. Mantenho íntegro os demais termos da sentença.

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, relator, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos e o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira. 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, 30 de maio de 2017.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator