



ESTADO DA PARAÍBA

Decisão Monocrática Terminativa

Apelação Cível e Remessa Oficial – nº. 0040011-11.2011.815.2001

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Apelante: Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Delosmar Domingos de Mendonça Junior.

Apelado: Gilson Cruz Nunes – Adv.: Francisco de Andrade Carneiro Neto (OAB/PB 7.964).

Remetente: Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

EMENTA: ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL - PRELIMINAR - 1) NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO - ANÁLISE JUNTO COM O MÉRITO - DESVIO DE FUNÇÃO - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE PROFESSOR - EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL - POSSIBILIDADE - SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REENQUADRAMENTO - NÃO CONFIGURAÇÃO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA - ENTENDIMENTO REMANSOSO EM SEDE DESTE TRIBUNAL E DAS CORTES DE JUSTIÇA SUPERIORES - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

– Segundo a Súmula 378 do STJ, “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

- A determinação do pagamento de diferenças salariais em razão do desvio de função não

equivale ao reenquadramento funcional, tendo em vista que a Constituição Federal só admite o acesso a cargo público mediante concurso público de provas ou provas e títulos (art. 37, II, da CF).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível e Remessa Oficial, interposta por Estado da Paraíba, hostilizando a sentença do Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Cobrança de Diferenças Salariais, manejada por Gilson Cruz Nunes, julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial.

Nas razões recursais (fls. 58/66), o apelante alega que o autor não *faz jus* a perceber as diferenças salariais concedidas, tendo em vista que não é ocupante de cargo efetivo de professor, uma vez que foi contratado por prazo determinado, razão pela qual os seus vencimentos são inferiores aos professores efetivos.

Alega ainda, que os juros de mora são devidos a partir da citação.

No final pugna pelo provimento do apelo.

O apelado apresentou contrarrazões, alegando preliminarmente o não conhecimento do recurso de apelação e no mérito pugna pelo desprovimento do recurso. (fls. 69/75)

Instada a se pronunciar, a Procuradoria não emitiu parecer por entender que não há interesse público que obrigue a intervenção ministerial. (fls. 82/85)

É o relatório.

DECIDO

PRELIMINAR

1) Não conhecimento do recurso de apelação.

O apelado alega que o recurso de apelação manejado pelo apelante não merece ser conhecido por estar em confronto com as jurisprudências dominantes dos Tribunais Superiores.

A referida preliminar analisarei junto com o mérito.

MÉRITO

A questão controvertida diz respeito à existência, ou não, de direito à equiparação vencimental entre o apelado, prestador de serviço e o servidor paradigma, investido na função de Professor.

O apelante afirma que a Constituição Federal veda qualquer forma de reenquadramento funcional, na medida em que os cargos públicos só seriam acessíveis por meio de concurso público de provas e títulos.

Caso seja confirmada a sentença de primeira instância, vários princípios constitucionais estariam sendo violados, pois o pagamento de diferenças salariais a um prestador de serviços que apenas está à disposição do Poder Executivo estaria proporcionando um reenquadramento disfarçado.

Com efeito, como se depreende do art. 37, II, CF, a lei é bastante clara ao exigir a aprovação em concurso para a investidura em cargo público, *in verbis*:

“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”.*

Destarte, é de fácil conclusão que o apelado somente poderá ocupar efetivamente o cargo, se prestar concurso público. Entretanto, uma vez que restou desviado da função para o qual foi contratado, assumindo compromissos e obrigações que demandavam maior complexidade, torna-se completamente inviável a não concessão de remuneração compatível com a função efetivamente desempenhada.

Ainda, cumpre observar a presunção de veracidade da situação funcional alegada pelo autor de exercer função diversa daquela prevista no seu cargo público, competindo ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme análise sistemática do Código de Processo Civil. Assim, como não foram realizadas provas suficientes pelo Estado que contestassem eficientemente o que foi produzido nos autos pelo autor, restou satisfatoriamente comprovado o desvio de função.

Para o reconhecimento do desvio de função basta apenas a comprovação do exercício de função pública idêntica ao paradigma e a disparidade de vencimentos. Nos autos, há diversos documentos em que o apelado demonstra a sua atuação como Professor, fazendo merecer remuneração compatível com as atribuições do cargo.

De outra banda, o apelante apenas utilizou-se de evasivas, limitando-se a afirmar que o apelado não teria direito à

equiparação salarial por violação dos princípios da legalidade e da isonomia. Logicamente não há qualquer previsão legal para a equiparação salarial entre ocupante de função pública realizada em desvio de função com o servidor paradigma uma vez que se trata de situação fática que não deveria ocorrer na Administração Pública, mas que, infelizmente ocorre, gerando consequências na órbita jurídica.

Dessa forma, não se pode eximir o Estado da Paraíba do pagamento dos valores reclamados na inicial, pois entender diversamente culminaria no enriquecimento ilícito da Fazenda Pública e no desprestígio ao princípio da prevalência da realidade sobre a forma.

Em construção eminentemente jurisprudencial o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou, em 2009, a Súmula 378 de sua jurisprudência dominante, nos seguintes termos:

"Súmula 378. *Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.*"

Portanto, o que se assegura ao apelado é apenas a equiparação vencimental em relação ao cargo paradigma apenas como forma de evitar o enriquecimento ilícito do Estado da Paraíba. Não se está concedendo estabilidade ao recorrido, muito menos qualquer reenquadramento funcional. Sendo assim, caso volte, posteriormente, a exercer a função para a qual foi contratado, deverá voltar a perceber a remuneração deste cargo e não o de Professor.

Considerando a não configuração do reenquadramento nos casos de deferimento de equiparação vencimental, colacionamos o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"RECURSO INOMINADO. DESVIO DE FUNÇÃO. AUXILIARES E TÉCNICOS DE ENFERMAGEM- NOS TERMOS DO QUE FOI ASSENTADO PELA SÚMULA 378 DO STJ, QUANDO CONFIGURADO O DESVIO DE FUNÇÃO, O

SERVIDOR FAZ JUS ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES, SEM QUE ISSO IMPORTE EM REENQUADRAMENTO. CASO CONCRETO EM QUE, PELAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS, RESTOU CONFIGURADO O DESVIO DE FUNÇÃO, CONSUBSTANCIADO NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES INERENTES À FUNÇÃO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM, MUITO EMBORA AS RECORRENTES OCUPEM O CARGO DE AUXILIAR. SENTENÇA CONFIRMADA INCLUSIVE PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO NÃO PROVIDO". (TJRS, Recurso Cível Nº 71003267861, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 12/08/2011)

ISTO POSTO, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO E A REMESSA OFICIAL, nos termos do art. 932, IV, a do CPC/2015, mantendo a sentença combatida em todos os seus termos.

Majoro os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da condenação nos termos do art. 85, § 11 do CPC/2015.

P.I.

João Pessoa, 05 de junho de 2018.

Desembargador **Marcos Cavalcanti de Albuquerque**
R e l a t o r