



Poder Judiciário do Estado da Paraíba
Tribunal de Justiça
Gabinete da Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL N. 0123475-93.2012.815.2001

RELATOR: Juiz Marcos William de Oliveira, convocado para substituir a Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

APELANTE: Estado da Paraíba

PROCURADOR: Renovato Ferreira de Souza Júnior

APELADO: Fabiano de Carvalho Ferreira

ADVOGADO: Francisco de Andrade Carneiro Neto

REMETENTE: 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

PRELIMINAR. CONTRARRAZÕES. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO POR AFRONTA AO ART. 475, § 3º C/C O ART. 557, AMBOS DO CPC. REJEIÇÃO.

- O julgador não está obrigado a analisar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas consoante seu livre convencimento, podendo inclusive submeter a matéria ao conhecimento do órgão colegiado.

- Rejeição da prefacial.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. *PRO TEMPORE* EXERCENDO A FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. ALEGADA PROMOÇÃO DE ISONOMIA SALARIAL. DESCABIMENTO. NÃO INFRINGÊNCIA À SÚMULA 339 DO COLENDO STF OU A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DIFERENÇA SALARIAL. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO SOB

PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO EM
DETRIMENTO DO SERVIDOR. 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 o caso de promoção de isonomia salarial.

- Desprovemento de ambos os recursos.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos.

A C O R D A a Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à remessa necessária e à apelação cível.**

Trata-se de remessa oficial e apelação cível do ESTADO DA PARAÍBA contra sentença (f. 49/54) do Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, nos autos da ação de cobrança de diferenças salariais, movida por FABIANO DE CARVALHO FERREIRA, julgou procedente o pedido exordial.

O julgador reconheceu o desvio de função e obrigou o apelante a pagar as diferenças salariais entre a remuneração do cargo para o qual o apelado foi contratado e do que exerce atualmente (Agente Penitenciário), enquanto perdurar o desvio, incidindo todos os direitos, adicionais e vantagens durante o quinquênio anterior à data de ajuizamento da ação, tudo atualizado pelo INPC e com juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação, bem como os descontos legais, se for o caso, referentes à Previdência Social e Imposto de Renda, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor a ser apurado na liquidação da sentença.

Nas suas razões recursais (f. 55/67), o apelante alega, em suma, que a pretensão corresponde a um verdadeiro reenquadramento do servidor; que inexistente direito às diferenças dos vencimentos dos cargos para o qual o apelado foi contratado e o exercido de fato, o que encontra óbice no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, considerando-se que o

acesso ao serviço público só é possível por meio de concurso público, pretendendo, com esse fundamento e com supedâneo na Súmula 339 do STF, a reforma integral da sentença.

Nas contrarrazões de f. 69/74, o apelado busca, em preliminar, o não conhecimento do recurso, por afronta aos arts. 475, § 3º e 557, ambos do CPC. No mérito, pugna pelo desprovimento da apelação, pois, conforme entendimento consolidado no STJ, é patente a obrigatoriedade da Administração Pública de pagar diferença salarial por desvio de função, situação caracterizada nestes autos.

O feito também desaguou nesta instância por força do reexame necessário.

A Procuradoria de Justiça não opinou quanto ao mérito, por entender ausente interesse público (f. 78/80).

É o relatório.

**VOTO: Juiz Convocado MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA
Relator**

Em sede de contrarrazões, o apelado suscitou a preliminar de negativa de seguimento do recurso, por força das disposições do art. 475, § 3º c/c o art. 557, ambos do CPC.

Como é cediço, o julgamento de recursos de forma monocrática foi um meio criado pelo legislador para desafogar nossos tribunais. Contudo sua aplicação fica a critério do julgador, que, examinando as circunstâncias, e se de fato a matéria enquadra-se no dispositivo processual enfocado, poderá negar-lhes seguimento.

Nesse contexto, o Juiz não está obrigado a analisar a matéria recursal nos termos exatos pleiteados pelas partes, mas consoante seu livre convencimento, podendo, se entender conveniente, submeter a matéria ao crivo do órgão colegiado.

Sendo esse o caso dos autos, **rejeito a preliminar.**

No mérito, o apelante se insurge contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial, condenando-o ao pagamento das diferenças salariais inerentes ao cargo de agente de segurança penitenciário,

respeitada a prescrição quinquenal, enquanto o autor permanecer no desvio de função.

Analisando a documentação colacionada aos autos e os argumentos apresentados, não vislumbro a possibilidade de acolhimento do recurso.

É que a matéria, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, já está sedimentada no sentido de que o pagamento de diferença salarial por desvio de função de servidor público **não implica isonomia**, tampouco infringe norma constitucional.

Todavia para o deslinde da causa é imprescindível a comprovação de que o servidor público encontra-se no exercício de ofício diverso daquele para o qual foi nomeado.

No caso em tela a documentação acostada aos autos revela que o apelado foi **nomeado como Pro Tempore** no dia 29 de junho de 2006, pela Portaria n. 200, do então Coordenador da COSIPE, para prestar serviços no Presídio Padrão de Santa Rita (f. 13).

Portanto, **não há dúvida quanto ao vínculo laboral** com o Estado, ora apelante, muito menos em relação ao **desvio de função**, já que o apelado foi designado para o cargo de *pro tempore*, **exercendo a função de Agente Penitenciário**, conforme contracheques de f. 17/18.

Ao contrário do que faz crer o apelante, aqui não se discute o reenquadramento do servidor apelado, mas o fato de ele desempenhar atividade diversa da função para a qual foi contratado, sem que receba a diferença salarial correspondente.

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 Supremo Tribunal Federal.¹

Na verdade, a pretensão do apelado é de perceber a diferença salarial, em face do desvio de função, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

¹ **SÚMULA 339 - STF:** Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de Isonomia.

Destarte, não vislumbro a hipótese de isonomia salarial, até porque referido princípio foi expressamente revogado pela Emenda Constitucional n. 19/98, que modificou o art. 39, § 1º.

Nesse contexto, é pertinente o comentário do Professor José dos Santos Carvalho Filho, *in 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.²

Na mesma obra, mais adiante, **arremata**: “Por essa razão é que o princípio da isonomia foi extinto pela EC 19/98, que implantou a reforma administrativa do Estado”.

Em suma, o cerne da questão não é o reenquadramento, o que, de fato, é vedado pela Constituição Federal (art. 37, II), ou mesmo promoção de isonomia, mas o reconhecimento do desvio de função, como, de fato, vem acontecendo, compelindo-se o Estado da Paraíba a efetuar o pagamento da diferença salarial devida ao seu servidor.

Intolerável, por ser abusivo e irregular, é a Administração, por mero capricho ou quiçá necessidade, designar um de seus servidores para exercer ofício diverso daquele para o qual foi nomeado, sobretudo em local de trabalho de reconhecida periculosidade, sem proporcionar-lhe, pelo menos, o salário compatível com a referida atividade.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre o assunto. Vejamos:

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**

² *In* Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. 17ª ed. revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007. p. 631.

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.³

O que se depreende desse julgado é que a Administração não pode locupletar-se do labor dos seus servidores, sendo esse o motivo de admissibilidade do pagamento de diferença salarial de servidor em desvio de função.

Na realidade, tal prática revela, de um lado, a exploração da força de trabalho do servidor hipossuficiente, impelido a exercer ofício incompatível com suas habilidades; 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, como é o caso dos agentes penitenciários, cujo quadro é bastante deficitário.

Assim, o mínimo que se pode garantir ao servidor, em tais situações, é o direito de perceber a diferença salarial.

Destaco julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em situação semelhante à destes autos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. VENCIMENTOS. DIFERENÇAS DEVIDAS. DIREITO DO SERVIDOR. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. **Caracterizado o desvio de função, o servidor 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.⁴

³ REsp 619058/RS – Recurso Especial n. 2003/0224934-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128). Quinta Turma (T5). Julgamento: 15/03/2007. Publicação: DJ 23.04.2007 p. 291.

⁴ Processo nº 1.0024.04.516891-1/001(1). Relator: Belizário de Lacerda. TJMG. Julgamento: 30.05.2006. Publicação: 07.07.2006.

Embora o apelante faça referência à Súmula 339 do STF, entendo que, neste caso, o Judiciário não promove 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 entende que em casos como o presente é inaplicável a Súmula 339 do STF. Observemos:

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.⁵

O Supremo Tribunal Federal, editor da mencionada Súmula 339, tem a mesma opinião, conforme se depreende dos seguintes arestos:

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. 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**

⁵ AgRg no REsp 439.244/RS, 6ª Turma-STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 15/03/2004.

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.

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, **rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento à remessa oficial e à apelação**, mantendo incólume a sentença atacada.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Desembargador **ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS**, que participou do julgamento com **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito Convocado, em substituição à Excelentíssima Desembargadora MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA) e com o Excelentíssimo Doutor **GUSTAVO LEITE URQUIZA** (Juiz de Direito Convocado, em substituição ao Excelentíssimo Desembargador OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO).

Presente à Sessão a Excelentíssima Doutora **LÚCIA DE FÁTIMA MAIA DE FARIAS**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 28 de outubro de 2014.

Juiz Convocado MARCOS WILLIAM DE OLIVEIRA
Relator

⁷ RE-AgR433578/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.