



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ

Agravo Interno no Reexame Necessário e Apelação Cível nº 0044159-02.2010.815.2001 – 5ª Vara da Fazenda Pública - Capital.

Relator: Des. José Aurélio da Cruz.

Agravante: Estado da Paraíba.

Procurador: Renovato Ferreira de Souza Junior.

Agravado: Almir Paulo de Melo.

Advogado: Francisco de Andrade Carneiro Neto.

ACÓRDÃO

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. SEGUIMENTO NEGADO MONOCRATICAMENTE. **AGRAVO INTERNO. (1) PEDIDO DE PAGAMENTO RETROATIVO DA DIFERENÇA SALARIAL. DOCUMENTOS CONFECCIONADOS NO ÂMBITO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DIREITO À EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SÚMULA Nº 378 DO STJ. **(2)** PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DA DIFERENÇA NO CONTRACHEQUE, ENQUANTO DURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE/STF Nº 37. REFORMA DA DECISÃO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. **PROVIMENTO PARCIAL DO AGRAVO INTERNO.****

1. Restando comprovado o desvio de função, inclusive por documentos confeccionados pela própria Administração Pública e não contestados nos autos, o servidor tem direito a receber a diferença salarial do período trabalhado e não atingido pela prescrição quinquenal, nos termos da Súmula 378 do STJ que assim dispõe: “reconhecido o desvio de

função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

2. Todavia, ao contrário do que restou decidido na sentença, essa diferença não pode ser implantada no contracheque enquanto perdurar o desvio de função, sob pena chancela da ilegalidade do ato e concessão de aumento de vencimento com fundamento em isonomia, o que é vedado pela Súmula Vinculante nº 37 do STF (“não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”).

3. Assim sendo, o julgado deve ser reformado para afastar a condenação de implantação das diferenças no contracheque do autor/apelado, pelo que a remessa e apelo devem ser parcialmente providos.

4. Estando configurada a sucumbência recíproca entre os contentores, e não sendo o caso do parágrafo único do art. 21 do CPC (parte mínima do pedido), necessária a redistribuição proporcional dos ônus.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os integrantes da Terceira Câmara Cível, **por maioria**, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator e da certidão de julgamento de fls. 120.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pelo **ESTADO DA PARAÍBA** em face de decisão monocrática que negou seguimento ao Reexame Necessário e ao Apelo interposto contra decisão do juízo da 5ª vara da Fazenda Pública exarada nos autos da Ação de Obrigação de Fazer nº 200.2010.044.159-7 ajuizada por **ALMIR PAULO DE MELO**.

O Apelado/Agravado alegou que, desde 1993, desempenha a função de Agente de Segurança Penitenciária, sem, contudo, ser remunerado equivalentemente aos que exercem o referido cargo efetivo. Com base nesses fatos, requereu a equiparação do seu vencimento ao dos agentes penitenciários, bem como o pagamento dos valores retroativos (fls. 02/10). Juntou documentos (fls. 12/41).

O juízo sentenciante (fls. 72/74) julgou procedente o pedido, condenando o Promovido/Apelante/Agravante a pagar vencimentos iguais aos que exercem o cargo de Agente de Segurança Penitenciária, enquanto

permanecer em exercício, bem como à diferença do período não prescrito, com correção nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

No prazo recursal, o Estado da Paraíba apelou (fls. 76/88) alegando que a sentença deve ser reformada por: (a) ofender o limite de despesa com pessoal; (b) inexistir de direito ao enquadramento; (c) não ser o agente público qualificado para o exercício do cargo; bem como (d) inexistir o direito às diferenças de vencimentos.

As contrarrazões deixaram de ser ofertadas (Certidão às fls. 91).

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo e do reexame necessário (fls. 95/97).

Monocraticamente, negou-se seguimento aos recursos por estarem em confronto com a jurisprudência desta Corte e da Súmula 378 do STJ.

Inconformado, o Apelante interpôs Agravo Interno (fls. 105/117) alegando inexistência de provas acerca do desvio de função, bem como da impossibilidade de se reconhecer o direito à diferença remuneratória.

É o relatório.

VOTO

DA COMPROVAÇÃO DO DESVIO DE FUNÇÃO E DO DIREITO À DIFERENÇA REMUNERATÓRIA

Analisando os autos, verifiquei que o Agravado possui vínculo com a Administração ao exercer o cargo de provimento em comissão de Agente de Programas Governamentais III, lotado na Secretaria de Estado da Cidadania e Administração Penitenciária, realizando as atribuições do cargo de agente de segurança penitenciário, conforme consta dos documentos acostados às fls. 13/41.

Cumprе ressaltar que a aludida documentação fora confeccionada no âmbito da própria Administração, o que a torna legítima para comprovar o desvio de função sofrido pelo demandante, desde 1993, quando foi nomeado para exercer o cargo comissionado de Inspetor Penitenciário (fls. 14).

Dessa forma, entende-se que a Administração, ao manter o agente público em situação irregular por diversos anos, agiu em flagrante inconformidade com a legislação e a jurisprudência pátrias, que não permitem o exercício de atribuições alheias ao cargo, sob pena de desvio de função.

Nesse sentido, a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça estabelece que o reconhecimento do desvio de função implicará em equiparação salarial enquanto perdurar a situação. Sobre o assunto, o STJ editou a Súmula nº 378, *in verbis*:

Súmula nº 378 do STJ - Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.

Ademais, tem-se que a garantia do direito à diferença salarial é indispensável para que a Administração Pública não se valha de vantagem indevida em detrimento do servidor, em outras palavras, faz-se necessário remunerar de forma igualitária aqueles que exercem a mesma atividade, sendo esta a postura acertada para evitar o enriquecimento ilícito do ente público.

Seguindo o mesmo entendimento, esta Corte de Justiça vem decidindo pelo reconhecimento do direito ao pagamento das diferenças entre as respectivas remunerações, conforme se observa pelos precedentes abaixo:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SENTENÇA JULGADA PROCEDENTE. **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.** REENQUADRAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. INOBSERVÂNCIA DA REGRA APLICÁVEL APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.960/2009, QUE MODIFICOU O ART. 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO. - **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”** (TJPB; AC Nº 00187473520118152001, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO - j. em **28-10-2014**). [Em destaque].

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, assim como, desta Corte de Justiça, já está sedimentada no sentido de que é plenamente admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual fora originariamente designado, sob pena de enriquecimento ilícito, não sendo hipótese de promoção de isonomia salarial. (TJPB;

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE ADMINISTRATIVO QUE ATUA COMO AGENTE PENITENCIÁRIO. PEDIDO DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL E DE PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS ENTRE AS REMUNERAÇÕES PAGAS NOS MENCIONADOS CARGOS. DESVIO DE FUNÇÃO. CARTEIRA FUNCIONAL DO AUTOR QUE O INSERE NO QUADRO DE AGENTE DE SEGURANÇA. ART. 37, XIII, DA CF/88, QUE VEDA A EQUIPARAÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. Existem documentos que comprovam o desvio de função (fls. 12/23). O próprio contracheque do apelado, apesar de nele constar que seu cargo é “prestador de serviços”, discrimina valores percebidos pelos agentes penitenciários, tais como a gratificação de periculosidade e de reforço de presídio. Juntamente com os documentos supramencionados, denota o desvio de função a carteira de identidade funcional do promovente (fl. 12) que claramente menciona o cargo “agente de segurança”. **Embora não seja possível a equiparação pleiteada, reiterada jurisprudência do STJ entende 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.”** (TJPB; AC 200.2010.033.409-9/001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB **17/12/2013**; Pág. 13). [Em destaque].

PRELIMINAR. CONTRARRAZÕES. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO, POR AFRONTA AO ART. 475, §3º C/C O ART. 557 DO CPC. REJEIÇÃO. O JULGAMENTO MONOCRÁTICO É OPÇÃO DO JULGADOR, QUE, NÃO VISLUMBRANDO AS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA DECISÃO UNIPESSOAL, DEVE REMETÊ-LO AO ÓRGÃO COLEGIADO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. SERVIDOR ESTADUAL DESVIADO DE FUNÇÃO. PRESTADOR DE SERVIÇO LABORANDO COMO AGENTE PENITENCIÁRIO. ALEGADA PROMOÇÃO DE ISONOMIA. NÃO INFRINGÊNCIA À SÚMULA Nº 339 DO STF OU À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESCABIMENTO. PAGAMENTO DA DIFERENÇA SALARIAL, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO EM DETRIMENTO DO SEU SERVIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. ADEQUAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA E DO RECURSO APELATÓRIO. Tendo a administração pública promovido o desvio de função de servidor, este faz jus ao recebimento das diferenças pretéritas do valor remuneratório e enquanto estiver no desvio de função para a qual foi originariamente nomeado, não sendo o caso de

promoção de isonomia salarial. [...]. (TJPB; Rec. 200.2010.021319-4/001; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel^a Des^a Maria das Graças Moraes Guedes; DJPB 31/10/2013; Pág. 15).

Ademais, tem-se que a garantia do direito à diferença salarial é indispensável para que a Administração Pública não se valha de vantagem indevida em detrimento do servidor, em outras palavras, faz-se necessário remunerar de forma igualitária aqueles que exercem a mesma atividade, sendo esta a postura acertada para evitar o enriquecimento ilícito do ente público.

DO PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DA DIFERENÇA, EM CONTRACHEQUE, ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO.

Mesmo sendo devido o pagamento das diferenças salariais de todo período trabalhado, não haverá derivação do cargo público, devendo a sentença ser reformada com relação à condenação de implantação dos valores no contracheque do Promovente/Apelado/Agravado, especialmente após a recente adoção da Súmula Vinculante nº 37/STF.

Conceder tais diferenças para o futuro representa indenizar fato ainda não ocorrido e, em consequência, ratificar uma conduta ilícita por parte da Administração. Ademais, configura um reenquadramento disfarçado e aumento de vencimento sob fundamento de isonomia, que é expressamente vedado pela referida Súmula, como se vê:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, **umentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia**. [em negrito]

Em caso semelhante ao dos autos, cito o recente julgado:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER — SERVIDOR PÚBLICO — DESVIO DE FUNÇÃO C/C DIFERENÇA SALARIAL — RESTITUIÇÃO APENAS DA DIFERENÇA PRETÉRITA — **IMPOSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO NO CONTRACHEQUE — MODO INDIRETO DE REENQUADRAMENTO — INCORPORAÇÃO INADMISSÍVEL** — PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS — ENTENDIMENTO FIRMADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES — ART. 557, § 1º-A DO CPC — PROVIMENTO PARCIAL. A jurisprudência dos Tribunais Superiores já está sedimentada no sentido de ser admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual foi originariamente designado. **O exercício de cargo em desvio de função não gera direito**

além daqueles inerentes ao cargo para qual foi nomeado, não podendo tais diferenças serem implantadas no contracheque do servidor, constituindo forma indireta de reenquadramento. [...] (TJPB; AC Nº 00206848020118152001, Relator DES SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES - julgado em 31 de outubro de 2014). [Em destaque].

ADMINISTRATIVO – Remessa oficial e apelação cível – Ação de obrigação de fazer c/c cobrança de diferenças salariais – Servidor público estadual – Desvio de função – Comprovação – Direito a percepção, a título de indenização, da diferença de remuneração entre o cargo ocupado e a função efetivamente exercida – Impossibilidade de equiparação – Reforma da decisão neste ponto – Precedentes do STF e desta Corte de Justiça – Provimento parcial. [...] - **Reconhecido o desvio de função, somente é possível o pagamento das diferenças a título de indenização, sem que jamais possa haver a equiparação de servidor em outro cargo público.** (TJPB; AC Nº 01191740620128152001, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ABRAHAM LINCOLN DA C RAMOS – julgado em 14-10-2014). [Em destaque].

Portanto, não existindo informação quanto à cessação do desvio de função durante a tramitação deste processo, deve ser pago o retroativo a partir dos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação até o efetivo desligamento do servidor na função de agente penitenciário, limitado até o trânsito em julgado desta ação.

DA REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS

Em razão da reforma da sentença, necessária a redistribuição dos ônus sucumbenciais, na forma do art. 21 do CPC, que assim determina:

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Diferentemente do disposto no parágrafo único da referida norma, o indeferimento do pedido de implantação não representa parte mínima do pedido capaz de justificar a manutenção completa dos ônus de sucumbência em desfavor da Administração.

O Agravante/Apelante logrou parcial êxito ao resistir à pretensão do Agravado/Apelado, não podendo ser condenado na totalidade das custas e dos honorários advocatícios. Assim tem entendido a jurisprudência pátria:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO DA PARTE COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. VIA INADEQUADA. EMBARGOS DA AUTORA REJEITADOS. CONTRADIÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA PROPORCIONAL. COMPENSAÇÃO. FIXAÇÃO PRO RATA. EMBARGOS. REQUERIDO. ACOLHIDOS. I. Os embargos de declaração não constituem via apropriada para rediscutir a matéria julgada e nem para reformar o acórdão quando não há obscuridade, contradição ou omissão a serem sanadas. II. **Configura-se a sucumbência recíproca e proporcional quando a parte autora torna-se vencida quanto a um dos dois pedidos formulados na inicial, devendo os honorários serem fixados pro rata.** III. Embargos declaratórios opostos pela autora rejeitados. Embargos do requerido acolhidos. Unânime. (TJDF; Rec 2009.01.1.116737-4; Ac. 661.739; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva; DJDFTE 19/03/2013; Pág. 203).

DISPOSITIVO

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO INTERNO**, reformando a decisão monocrática, para julgar parcialmente procedente a ação ordinária e **AFASTAR A CONDENAÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA.**

Quanto aos valores devidos da data do ajuizamento da ação aos cinco anos anteriores devem ser adimplidos mediante implantação em contracheque.

Redistribuo os ônus sucumbenciais na ordem de 60% para o Agravante e 40% para o Agravado, com a ressalva da gratuidade judiciária deferida às fls. 44, mantendo os demais termos da sentença.

É como voto.

Presidiu a Sessão o **Exmo. Sr. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides**. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz (relator); o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides e o Exmo. Dr. Marcos Coelho de Salles, Juiz Convocado para substituir a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes.

Presente ao julgamento o Dr. Francisco Paula Lavor, Promotor de Justiça Convocado.

Sala de Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba. João Pessoa, 02 de dezembro de 2014.

Desembargador JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ
Relator