



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D ã O

AGRAVO INTERNO nº 0027764-95.2011.815.2001

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

AGRAVANTE :Estado da Paraíba

ADVOGADO :Roberto Mizuki

AGRAVADO :Renato Ramalho Filho

ADVOGADO :João Batista de Paiva Neto

ADMINISTRATIVO – Agravo interno – Insurgência contra decisão que deu provimento parcial à apelação cível e à remessa oficial – 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 – Desprovimento.

– Correta a decisão que deu provimento parcial aos recursos, pois a Administração não pode se locupletar do labor de um de seus servidores, impondo-se, assim, a manutenção da condenação do Estado da Paraíba ao pagamento das diferenças salariais devidas à promovente pelo período fixado.

– 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.

V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados,

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação unânime, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator e da súmula do julgamento de fl.67.

RELATÓRIO

RENATO RAMALHO ajuizou ação de cobrança em face do **ESTADO DA PARAÍBA** (fls. 02/10), aduzindo que é servidor público do Estado da Paraíba enquadrado no cargo de assessor para assuntos administrativos em geral, mas que há mais de 20 (vinte) anos está lotado na Secretaria do Estado da Administração Penitenciário, onde exerce a função de agente de segurança penitenciário, não percebendo por tal atividade a remuneração devida.

Por esse motivo, requereu a imediata implantação dos vencimentos iguais aos que exercem a função de agente de segurança penitenciário, enquanto permanecer no exercício da função, bem como, o pagamento da diferença salarial dos últimos 05 (cinco) anos em que houve o desvio de função.

O MM. Juiz de piso, sentenciando o feito, julgou procedente o pedido nos seguintes termos (fls.37/40):

*“Isto Posto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DA PRESENTE AÇÃO**, para condenar o Estado da Paraíba ao pagamento das diferenças salariais em razão do desvio de função, referentes ao quinquênio anterior à propositura da ação, bem como a implantação em seu contracheque da diferença salarial devida, tão somente enquanto o promovente estiver em desvio de função, o que faço com arrimo na Súmula 339 e na Súmula 85 do Eg. STJ, devendo incidir atualização monetária uma única vez até o efetivo pagamento, pelos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança Sem custas. Condeno o vencido ao pagamento dos honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, o que faço com arrimo no art. 20, §3º do CPC.*

Os valores deverão ser apurados na fase de liquidação de sentença.

Remessa necessária, nos termos do art. 475 do CPC.”. (Grifo no original)”.

Por força da disposição contida no art. 475, I, do CPC, os autos aportaram neste tribunal para apreciação, através de reexame necessário, da sentença proferida.

A então relatoria, monocraticamente, com amparo no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento parcial à remessa necessária e à apelação cível, para reforma a sentença prolatada pelo juiz “a quo”, tão somente, *“para afastar a determinação de implantação no contracheque do autor da diferença salarial, enquanto permanecer em desvio de função de agente penitenciário; mantendo-se a sentença em seus demais termos”*, (46/53).

Não conformado, o Estado da Paraíba atacou a decisão monocrática, interpondo o presente agravo interno, aduzindo, em síntese, que *“servidor público só tem direito a vencimentos do cargo de que se tornou titular por força da investidura legal, ainda que, de fato, exerça função de outro cargo. É incabível o pedido de pagamento como ocorrência do desvio de função, eis que não gera direitos ao servidor, seja simples reenquadramento ou recebimento de vantagens relativas à atividade prestada”*.

Verberou, ainda, que *“o eventual exercício de atividades em desvio de função é irregularidade administrativa, que não concede ao servidor os direitos inerentes ao cargo para o qual está desviado vez que, contrário, se estaria criando outra forma de investidura em cargos e empregos públicos”*. Alfim, pugnou caso não haja reconsideração da decisão, que seja julgado o recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.

V O T O

A decisão objeto deste agravo interno deu provimento parcial à remessa oficial e à apelação cível, nos termos do art. 557, §1º - A, do CPC, afastando a determinação de implantação da diferença remuneratória enquanto permanecer em desvio de função de agente penitenciário, mantendo a sentença de origem nos seus demais termos.

A controvérsia do presente recurso cinge-se em saber se tem o autor/agravante direito a perceber a diferença salarial

existente entre o seu vencimento e o do cargo de agente de segurança penitenciária, a título de indenização.

Pois bem. Não vislumbro nas razões do presente agravo, fundamento suficiente a modificar a decisão monocrática, devendo esta ser confirmada pelos seus próprios fundamentos.

É que acertadamente agiu esta relatoria, isso porque não há dúvidas, diante das provas carreadas aos autos, que o autor realmente vem desempenhando a função de Agente Penitenciário, quer dizer, evidencia-se dos autos o vínculo laboral do promovente com o Estado da Paraíba, bem como o desvio de função.

Ademais, do confronto do contracheque do promovente (fl. 16) com o do servidor paradigma (fl.17), conclui-se que ele não percebe vencimentos equivalentes à função que desempenha, inexistindo, inclusive, registro de vencimento pelas atribuições de cargo exercido.

Ressalva-se que para que se reconheça o desvio de função, basta unicamente a comprovação do exercício de cargo público idêntico ao paradigma e a disparidade de vencimentos, não subsistindo a tese do recorrente de que o fato de exercer o recorrido as mesmas funções de um agente penitenciário não descamba para o desvio de função.

Nesse horizonte, cumpre gizar que é intolerável, por ser abusivo e irregular, que a Administração designe um prestador de serviço 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 posicionou sobre o assunto:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que, “Nos casos de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças vencimentais decorrentes do exercício

desviado, tem ele direito aos valores correspondentes aos padrões que, por força de progressão funcional, gradativamente se enquadraria caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não ao padrão inicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia e de enriquecimento sem causa do Estado." (REsp 1.091.539/AP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2008, DJe 30/3/2009).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no REsp 945.094/AP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 22/08/2011)" (grifei)

Sem destoar:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ART. 87 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 46/94. NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA. REGULAMENTADA PELA RESOLUÇÃO N.º 14/01 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXERCÍCIO, EM DESVIO DE FUNÇÃO, DAS FUNÇÕES ATINENTES AO CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. PLEITO RELATIVO À "INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE". DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS.

1. O art. 87 da Lei Complementar Estadual n.º 46/94 é norma de eficácia contida, a qual somente foi regulamentada quando da edição da Resolução n.º 14/01 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Precedente.

2. O desvio de função não implica direito ao reenquadramento ou à reclassificação, mas em face do exercício de funções alheias ao cargo que ocupa, o servidor faz jus ao pagamento das diferenças remuneratórias no período correspondente.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.

(RMS 27.831/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 27/09/2011)" (grifei)

Ainda:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS DEVIDAS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1.091.539/AP, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO 08/2008 DO

STJ. AGRAVO REGIMENTAL. MULTA. ART. 557, § 2º, DO ESTATUTO PROCESSUAL.

1. Na hipótese, o servidor não tem direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças salariais decorrentes do exercício em desvio de função. A ele é assegurado o direito aos valores correspondentes aos padrões em que, por força de progressão funcional, gradativamente seria enquadrado, caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não aos valores devidos ao padrão inicial.

2. Orientação firmada no julgamento do REsp 1.1091.539/AP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

(...)

4. Agravo Regimental não provido, com aplicação de multa.

(AgRg no REsp 1235817/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 11/05/2011)” (grifei)

Das razões expostas e dos julgados acima ementados, depreende-se que a Administração não pode se locupletar do labor de um de seus servidores, impondo-se, por conseguinte, a manutenção da condenação do Estado da Paraíba ao pagamento das diferenças salariais devidas ao promovente pelo período fixado.

O que não é possível, conforme assentado na decisão combatível é a implantação no contracheque do autor da remuneração equivalente à do cargo de agente de segurança penitenciário enquanto permanecer no exercício de função.

Isso porque tal circunstância representa verdadeiro enquadramento do autor em cargo ou função de Agente Penitenciário, prática vedada, como forma de provimento do cargo, pela Constituição Federal.

Assim, 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.

Nesse diapasão, colhem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: 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. - Agravo não provido.

(RE 486184 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 16-02-2007 PP-00042 EMENT VOL-02264-09 PP-01808)” (grifei)

Não é outro o entendimento da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça da Paraíba em casos análogos ao dos autos:

APELAÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRETENSÃO AO PERCEBIMENTO DE VERBAS ADMINISTRATIVAS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SENTENÇA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA POR PRESTADOR DE SERVIÇOS GERAIS. 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. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

- Segundo a Súmula 378 do STJ, “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 a decisão em reenquadramento funcional.

- O desvio de função é ato ilícito, não podendo o Judiciário reconhecê-lo para gerar efeitos para o futuro. Caso o desvio persista, deverá o servidor buscar os mecanismos legais para a correção da ilegalidade.

- A implantação das diferenças salariais, enquanto perdurar o desvio de função, consiste em indenizar fato ainda não ocorrido, o que se revela indevido.

(TJPB - Acórdão do processo nº 0026606-39.2010.815.2001 - Órgão (2ª CÂMARA CÍVEL) - Relator Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho - j. em 13/03/2014). (Grifei)

O Pretório Excelso, através do verbete de número 339, já, inclusive, sumulou o entendimento acima esboçado, “in verbis”:

“Súmula 339 STF – Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”

Sendo, entretanto, plenamente viável que a parte autora receba, a título de indenização, os valores referentes aos últimos cinco anos, compatíveis com as atribuições do cargo efetivamente desempenhado (agente penitenciário), e não apenas formalmente ocupado (prestador de serviços).

Nesse contexto, é forçoso concluir que a decisão monocrática combatida encontra-se absolutamente consentâneo com o escólio pretoriano prevalente, não merecendo qualquer reparo.

Por tais razões, **NEGO PROVIMENTO** ao presente Agravo Interno, mantendo, em todos os seus termos, a decisão vergastada.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho (*juiz convocado, para substituir a Exma. Des. 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 Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 10 de fevereiro de 2015.

Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator