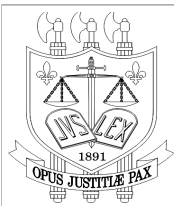


Remessa Oficial/Apeleção Cível nº. 0027301-85.2013.815.2001



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Decisão Monocrática

Remessa Oficial e Apeleção Cível nº. 0027301-85.2013.815.2001

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque.

Apelante: Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Felipe de Brito Lira Souto.

Apelado: Francisco Feitosa Leite – Adv. Francisco de Andrade Carneiro Neto (OAB/PB nº 7.964).

EMENTA: REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REENQUADRAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. **DESPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL E DO APELO.**

– 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).

Vistos etc,

Trata-se de Remessa Oficial e Apeleção Cível interposta por **Estado da Paraíba**, hostilizando a sentença de fls. 55/57-v, proveniente da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, proferida, em 20 de julho de 2016, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Cobrança manejada por **Francisco Feitosa Leite**, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial.

Nas razões recursais (fls. 60/71), o apelante alegou que é vedado o provimento derivado em cargo público, ou seja, sem a aprovação em concurso público, sendo assim, caso a equiparação salarial seja confirmada, caracterizar-se-ia um reenquadramento disfarçado, violando preceitos fundamentais como a isonomia.

Aduziu ainda que, somente percebem a remuneração de Agente de Segurança Penitenciária os agentes estatais que ocupam tal cargo na Administração, não podendo agente que titulariza cargo diverso pretender a mesma remuneração, mediante a violação do princípio constitucional do amplo acesso aos cargos públicos por concurso.

No final, pugnou pelo provimento do apelo.

Contrarrazões às fls. 74/80.

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria não vislumbrou hipótese para sua manifestação (fls. 86/89).

É o relatório.

Decido

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 Agente Segurança Penitenciária.

O apelante afirma que a Constituição Federal veda qualquer forma de reenquadramento funcional, na medida em que os

cargos públicos só seriam acessível 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 proporcionaria 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 Agente de Segurança Penitenciária, 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.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 378 de sua jurisprudência dominante, nos seguintes termos:

“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 a de Agente de Segurança Penitenciária.

Na esteira desse entendimento, mister colacionar arestos deste Egrégio Tribunal Tabajarino:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA ILÍQUIDA. CONHECIMENTO DA REMESSA. COBRANÇA. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO EXERCENDO A FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDO. SÚMULA 378 DO STJ. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MODIFICAÇÃO. ART. 932, V, "A", DO NCP. PROVIMENTO PARCIAL. - "Em que pesem as alegações da edibilidade quanto à inexistência de provas do desvio de função, estas não devem prosperar, pois, em momento algum, o estado questionou, com precisão, a existência do desvio de função, o que se tornou fato incontroverso, nos termos do art. 302, in fine, c/c art. 334, III, ambos do CPC. Ademais, o recorrido trouxe aos autos documentos que comprovaram a sua atuação como agente penitenciário, mas com vencimentos de simples prestador de serviços, com ganhos em valores bem inferiores. Segundo a Súmula nº 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 i (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00710311520148152001, - Não possui -, Relator DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ BENEVIDES , j. em 26-01-

2017)

AGRAVO INTERNO. Ação de obrigação de fazer c/ c cobrança de diferenças salariais. Decisão que deu provimento parcial à apelação cível. Irresignação. Exercício do cargo de agente de segurança penitenciária por prestador de serviços gerais. Alegação pela edilidade de inexistência de provas do desvio de função. Fato incontroverso. Comprovação pelo autor ora recorrido. Indenização consistente na equiparação de vencimentos. Possibilidade. Súmula nº 378 do Superior Tribunal de Justiça. Não configuração de reenquadramento. Impossibilidade de implantação das diferenças salariais enquanto perdurar o desvio de função. Juros de mora com base na caderneta de poupança. Inteligência do art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09. Reforma do decisum quanto a esse ponto. Provimento parcial do recurso. Em que pesem as alegações da edilidade quanto à inexistência de provas do desvio de função, estas não devem prosperar, pois, em momento algum, o estado questionou, com precisão, a existência do desvio de função, o que se tornou fato incontroverso, nos termos do art. 302, in fine, c/c art. 334, III, ambos do CPC. Ademais, o recorrido trouxe aos autos documentos que comprovaram a sua atuação como agente penitenciário, mas com vencimentos de simples prestador de serviços, com ganhos em valores bem inferiores. Segundo a Súmula nº 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. O art. 1º da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09, estabelece que "nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. " logo, após a entrada em vigor da Lei, não podem mais incidir os juros de 0,5% ao mês, devendo os juros moratórios serem aplicados com base na caderneta de poupança. (TJPB; AC 0047135-79.2010.815.2001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 14/07/2014; Pág. 12)"

No tocante à correção monetária e juros de mora, também andou bem a magistrada quando fixou de acordo com a Lei nº 9.494/97, com a nova redação dada pelo art. 5º, da Lei nº 11.960/09.

Isto posto, em consonância com o art. 932, IV, "a", do CPC/2015, **NEGO PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E AO RECURSO APELATÓRIO**, mantendo a sentença vergastada incólume, em todos os seus termos.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpra-se.

João Pessoa, 27 de março de 2017.

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