



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

ACÓRDÃO

Remessa Oficial e Apelação Cível nº 0036258-46.2011.815.2001

Origem : 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital
Relator : Juiz de Direito Convocado Gustavo Leite Urquiza
Apelante : Enaldo Mendes Cavalcanti
Advogado : Giliardo de Paulo de Oliveira Lins - OAB/PB 15.003 -
Apelado : Estado da Paraíba
Procurador : Paulo Barbosa de Almeida Filho
Remetente : Juiz de Direito

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PETITÓRIA. DESVIO DE FUNÇÃO. COMPROVAÇÃO. EXERCÍCIO INERENTE AO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO. DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DE VENCIMENTOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 378, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PERCEPÇÃO DAS VERBAS ENQUANTO PERMANECER O DESVIO FUNCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DO REGRAMENTO CONSTANTE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, ALTERADO PELO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09.

APLICAÇÃO CORRETA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DA REMESSA OFICIAL.

- O desvio de função de servidor não pode vir em seu prejuízo financeiro e em favor da Administração Pública, a qual se locupletará indevidamente pelos serviços prestados pelo agente em outra função, configurando o enriquecimento sem causa.

- Encontrando-se o servidor, em desvio de função, nasce para este, o direito de perceber as diferenças das remunerações, como dispõe a nº 378, do Superior Tribunal de Justiça.

- Tendo a Administração Pública realizado o desvio de função do servidor, nasce para este o direito à percepção da diferença existente entre as respectivas remunerações, enquanto perdurar o desvio.

- Nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, nas condenações impostas à Fazenda Pública, de natureza não tributária, os juros moratórios e a correção monetária devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDA a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, prover parcialmente a apelação e a remessa oficial.

Enaldo Mendes Cavalcanti ingressou com a presente **Ação Declaratória c/c Petição**, em desfavor do **Estado da Paraíba**, alegando que, admitido no serviço público há mais de 25 (vinte e cinco) anos para o já extinto cargo de auxiliar administrativo II, vem desempenhando a função de agente de segurança penitenciária, junto à Cadeia Pública de São José de Piranhas. Para tanto, considerando configurado o desvio de função, requereu a condenação do ente Estatal ao pagamento das diferenças de verbas salariais em igualdade de condições com os demais ocupantes do cargo de agente de segurança penitenciário, enquanto perdurar o desvio, acrescido de décimo terceiros salários e férias constitucionais.

O feito tomou curso regular e, às fls. 111/113, a Magistrada singular julgou procedente em parte o pedido inicial, consignando os seguintes termos:

Ante o exposto, nos termos do art. 269, I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido nos seguintes termos:

a) CONDENO o Estado da Paraíba a pagar as diferenças salariais entre o percebido pelo autor e os inerentes ao Cargo de Agente de Segurança Penitenciário, **desde setembro de 2011 até o trânsito em julgado da decisão**;

b) Houve sucumbência recíproca. Portanto, os honorários advocatícios – arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação – ficam compensados na forma do art. 21, caput, do CPC c/c a Súmula n. 306/STJ. De outro lado, também ficam divididas as custas, mas com a isenção prevista no art. 12 da Lei n.1.060/50, no que tange ao autor (beneficiário da gratuidade processual), e a isenção disciplinada no art. 29 da Lei estadual n. 5.672/92, em relação à parte demandada (Faz. Pública Estadual);

c) Os valores devem ser atualizados pelo IPCA,

desde o ajuizamento da ação, e acrescidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação, até 30 de junho de 2009, quando incidirão os juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei 9.494/97.

Inconformado, o autor interpôs **APELAÇÃO**, fls. 115/122, argumentando que tem direito de receber pelo serviço prestado, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Explica que comprovou os fatos constitutivos de seu direito e juntou jurisprudência desta Corte de Justiça. Por fim, pugna pela reforma da decisão, condenando-se o Estado da Paraíba a “implantar no contracheque do recorrente a diferença salarial enquanto durar o desvio de função, como também o pagamento das diferenças salariais, respeitando o quinquênio prescricional”.

Houve, ainda, **remessa oficial**.

Sem contrarrazões, fl. 126.

Feito não remetido ao **Ministério Público**, tendo-se em vista o não preenchimento da hipótese elencada no art. 169, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Inicialmente, impende consignar que a apelação cível foi interposta em 14 **de outubro de 2015**, fl. 115, razão pela qual o presente recurso será apreciado sob os parâmetros da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, porquanto em vigor à época do sobredito ato processual.

Ainda com base no Enunciado Administrativo nº 02, do Superior Tribunal de Justiça, “Aos recursos interpostos com fundamento no

CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

Em reforço, é válido trazer a lume decisão proferida por esta Corte de Justiça, da lavra da Desembargadora **Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti**, registrada como Apelação Cível nº 0008420-79.2014.815.0011 – Campina Grande, a qual preleciona:

APELAÇÃO CÍVEL – REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL - PUBLICAÇÃO DE SENTENÇA E INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ANTES DA VIGÊNCIA DO CPC/2015 – ANÁLISE DO RECURSO SOB O REGRAMENTO CONSTANTE NA LEI 5.869/73.

Os atos jurídicos processuais (sentença e Apelação) que tiveram seus efeitos consumados ainda sob a égide do regramento anterior devem ser apreciados de acordo com os ditames elencados no CPC de 1973, mesmo que esta decisão seja proferida na vigência da Lei nº 13.105/2015, privilegiando as disposições de direito intertemporal estabelecidas em seu art. 14 e 1.046, bem como os axiomas constantes no art. 1º da nova lei processual, art. 6º da LINDB e art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (...) - grifei.

Do cotejo dos autos revela-se que o inconformismo do autor/apelante gira acerca da implantação “no contracheque do recorrente a diferença salarial enquanto durar o desvio de função, como também o pagamento das diferenças salariais, respeitando o quinquênio prescricional”, fl. 122.

Assim, considerando que o *decisum* atacado já condenou “o Estado da Paraíba a pagar as diferenças salariais entre o percebido pelo

autor e os inerentes ao Cargo de Agente de Segurança Penitenciário, **desde setembro de 2011 até o trânsito em julgado da decisão**”, é certo que estando as diferenças já concedidas em favor do autor/apelante, o presente recurso voluntário dirigir-se-á tão somente à implantação daquelas enquanto durar o desvio de função.

Por outro lado, considerando que as matérias relativas ao recurso voluntário e à remessa oficial, se entrelaçam, passo à análise conjunta.

Pois bem, os autos dão conta que o cargo para o qual fora nomeado o autor, tem o nome de **auxiliar administrativo II**, fls. 13/16. Já os documentos de fls. 17/18 e 66/102, o tratam como **agente de segurança penitenciário**. Entendo, portanto, que assiste razão ao recorrente. Vejamos.

Acerca do tema, é de se ter em mente que o desvio de função é caracterizado, genericamente, como a situação em que há exercício de atividades distintas daquelas para as quais o servidor foi originalmente nomeado ou contratado. Em suma, significa a ocupação de um posto de trabalho diferente daquele que havia sido objeto da contratação ou da nomeação.

No presente caso, as provas documentais acostadas, fls. 17/18, evidenciam que o promovente exerce as atividades inerentes ao cargo de Agente Penitenciário, o que configura manifesto desvio de função, tendo o servidor, portanto, o direito de perceber as diferenças salariais relativas ao período laborado, respeitada a prescrição quinquenal, sob pena de enriquecimento indevido da Administração Pública Estadual, como bem decidiu a magistrada singular.

Dessa forma, inobstante a nossa Constituição Federal não preveja a possibilidade de reenquadramento, o servidor possui direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período que laborou em desvio de função, sob pena de se gerar locupletamento indevido pela administração, devendo o recebimento de tais diferenças se estender enquanto perdurar o desvio em comento.

Exatamente nesse sentido, calha transcrever escólio

do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. SERVIDORA PÚBLICA. DESVIO DE FUNÇÃO. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. SÚMULA Nº 378/STJ. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 126/STJ. INAPLICABILIDADE. [...]. 2. É pacífico o entendimento dessa corte no sentido de que, reconhecido o desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito a ser promovido ou reenquadrado no cargo ocupado, tem ele direito às diferenças vencimentais devidas em decorrência do desempenho de cargo diverso daquele para o qual foi nomeado. Súmula nº 378/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-REsp 1.143.621; Proc. 2009/0107092-3; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 10/04/2014).

Em casuística similar, essa Corte de Justiça vem decidindo:

AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO. DESVIO DE FUNÇÃO. AGENTE PENITENCIÁRIO. DIFERENÇAS DA REMUNERAÇÃO. PRESTAÇÃO DEVIDA. PROVIMENTO NEGADO. O servidor público desviado da função para a qual foi originariamente designado faz jus ao recebimento das diferenças salariais dele decorrente. (TJPB; AGInt 200.2011.032627-5/001; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira;

DJPB 17/07/2012; Pág. 14).

Na mesma direção, o seguinte aresto: **STJ**; AgRg-AREsp 44.344; Proc. 2011/0118040-2; MG; Segunda Turma; Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; Julg. 24/04/2012; DJE 07/05/2012).

Sobre o tema há, inclusive, súmula da Corte Superior de Justiça:

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

Em casos semelhantes, esse vem sendo o entendimento adotado por este Sodalício:

AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO. DESVIO DE FUNÇÃO. AGENTE PENITENCIÁRIO. DIFERENÇAS DA REMUNERAÇÃO. PRESTAÇÃO DEVIDA. PROVIMENTO NEGADO. O servidor público desviado da função para a qual foi originariamente designado faz jus ao recebimento das diferenças salariais dele decorrente. (TJPB; AGInt 200.2011.032627-5/001; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira; DJPB 17/07/2012; Pág. 14).

À luz dessas considerações, resta indubitável que, tendo a Administração Pública realizado o desvio de função do servidor, nasce para este o direito à percepção da diferença existente entre as respectivas remunerações, **enquanto perdurar o desvio.**

Por fim, verifica-se que a sentença, ora submetida ao

reexame necessário, merece ser mantida também no tocante à fixação dos juros e correção monetária, devendo estes serem fixados nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a observação da redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de 30 de junho de 2009.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO**, apenas para determinar a implantação das diferenças salariais enquanto perdurar o desvio de função. Mantenho, por conseguinte, os ônus sucumbenciais.

É o VOTO.

Presidiu a sessão o Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Participaram do julgamento os Desembargadores Gustavo Leite Urquiza (Juiz de Direito convocado para substituir o Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, com jurisdição limitada (Relator), João Alves da Silva e Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

Presente a Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Promotora de Justiça, representando o Ministério Público.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em 03 de abril de 2017 - data do julgamento.

Gustavo Leite Urquiza

Juiz de Direito Convocado

Relator