



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

ACÓRDÃO

Remessa Oficial e Apelação Cível nº 0086777-88.2012.815.2001

Origem : 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

Relator : Juiz de Direito Convocado Gustavo Leite Urquiza

Apelante : Estado da Paraíba

Procurador : Tadeu Almeida Guedes

Apelada : Clênia Maria Borba de Araújo

Advogado : Marcus Paulo Freire - OAB/PB nº 13.693 -

Remetente : Juiz de Direito

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SERVIDORA CONTRATADA. DESVIO DE FUNÇÃO. COMPROVAÇÃO. 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. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 37, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REFORMA DA DECISÃO NESTE ASPECTO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO ADEQUADA. PERMANÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS

JUROS DE MORA APLICADOS. INCIDÊNCIA DO REGRAMENTO CONSTANTE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, ALTERADO PELO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA OFICIAL E DA APELAÇÃO.

- 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.

- Embora a nossa Constituição Federal não preveja a possibilidade de reenquadramento, a servidora possui direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período que laborou em desvio de função.

- À luz do verberado no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, devendo-se levar em consideração os critérios estabelecidos nas alíneas *a, b e c*, § 3º, do precitado art. 20.

- 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, dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação.

Clênia Maria Borba de Araújo ajuizou a vertente **Ação de Obrigação de Fazer c/c Cobrança de Diferenças Salariais** contra o **Estado da Paraíba**, alegando ser lotada na Secretaria de Saúde do Estado, onde exerce, de fato, desde 17 de outubro de 1990, a função de Psicóloga. Aduziu, ainda, que embora desenvolva as mesmas atividades dos demais Psicólogos, em seu contracheque consta o cargo de Assessor para Assuntos da Administração Geral - no qual foi empossada após aprovação em concurso público - não recebendo, contudo, a remuneração que lhe é devida. Diante desse panorama, postulou: a implantação no seu contracheque os vencimentos e demais vantagens inerentes à função de Psicóloga enquanto nela permanecer.

O feito tomou curso regular e, às fls. 34/37, a Magistrada singular julgou procedente o pedido inicial, consignando os seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, mais que dos autos constam e princípios de direito aplicáveis à espécie, com base nos fundamentos explicitados nesta e no art. 269, I, do CPC, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para condenar o Estado da Paraíba a pagar à autora os vencimentos iguais aos servidores que exercem o cargo de psicólogo, enquanto permanecer no exercício na função, bem como ao pagamento da diferença de remuneração referente aos últimos cinco anos contados a partir da propositura desta ação, com o acréscimo de correção monetária, pelo IPCA, desde o vencimento de cada prestação, e juros

moratórios, a partir da citação inicial, de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da lei 8.494/97, com nova redação determinada pela Lei 11.960/09.

Inconformado, o **Estado da Paraíba** interpôs **APELAÇÃO**, fls. 39/49, suscitando inexistir direito à equiparação e, conseqüentemente, às diferenças salariais, por não ser possível a implantação do valor pleiteado em seus contracheques, haja vista a ausência de demonstração da permanência da promovente em desvio de função. Por fim, pugna pela inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões ofertadas pela demandante, fls. 54/60, pugnando pela manutenção do *decisum*.

Feito não remetido ao Ministério Público.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Inicialmente, impende consignar que a apelação cível foi interposta em **16 de junho de 2015**, fl. 38, 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.

Pois bem. Do cotejo dos autos, revela-se que o inconformismo do ente estatal gravita acerca da inexistência do direito da apelada ao recebimento das diferenças de vencimentos, afirmando não ser possível agente que titulariza cargo diverso pretender a mesma remuneração, sob pena de violação do princípio constitucional do amplo acesso aos cargos públicos mediante concurso.

Entendo que não assiste razão ao recorrente.

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 a servidora foi originalmente nomeada ou contratada. 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. 11/18, evidenciam que a promovente exerce as atividades inerentes ao cargo de Psicólogo, o que configura manifesto desvio de função, tendo a servidora, 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.

Dessa forma, inobstante a nossa Constituição Federal não preveja a possibilidade de reenquadramento, a servidora 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).

Ultrapassada esta questão, restando 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, pelo período não prescrito, porém a permanência de vencimentos próprios do sobredito cargo não pode perdurar.

Com efeito, o desvio de função e a respectiva remuneração alusiva ao desempenho do cargo de psicólogo só tem efeitos pretéritos, em respeito ao princípio da vedação de locupletamento ilícito pela Administração, em atenção à Súmula Vinculante nº 37, do Supremo Tribunal Federal: **“não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”**.

Dito entendimento retira o direito do servidor que atua em situação irregular perpetuar-se no cargo labutado em desvio de função, sob pena de, aí sim, burlar a norma constitucional de preenchimentos dos cargos, mediante concurso público.

Assim, agora que os litigantes sabem cuidar-se de situação irregular, sob a alcunha de desvio de função, não compete ao Judiciário permitir que se receba igualmente por serviço segundo o qual não se prestou concurso público.

Essa medida, supõe-se, visar impor à observância

regra do concurso público, bem como a impossibilidade de servidor que, uma vez ciente de sua situação irregular, beneficie-se *ad perpetuam*. Afinal, *ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza*.

Logo, a decisão atacada merece parcial reforma, dando à autora/apelada o direito à percepção da diferença existente entre as respectivas remunerações, pelo período não prescrito, tendo a condenação apenas efeitos pretéritos e não doravante, caso perdure o desvio em tela.

Em outro quadrante, cumpre examinar o pleito recursal referente à fixação dos honorários advocatícios.

Como cedição, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, as verbas sucumbenciais devem ser fixadas consoante apreciação equitativa do Juiz, a qual levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Deste modo, em razão desta apreciação pelo julgador, a fixação dos honorários pode ser feita mediante aplicação de um percentual ou de um valor nominal, atendendo sempre os critérios estabelecidos nas alíneas *a, b e c*, § 3º, do precitado art. 20.

No mesmo sentido, trago, à colação, julgado do Superior Tribunal de Justiça, ementado da seguinte forma:

(...) Os honorários advocatícios, nas causas em que não houver condenação, ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "**Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante**

apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." 4. Conseqüentemente, a conjugação com o § 3.º, do art. 20, do CPC, é servil para a aferição eqüitativa do juiz, consoante às alíneas a, b e c do dispositivo legal. Pretendesse a lei que se aplicasse à Fazenda Pública a norma do § 3º, do artigo 20, do CPC, não haveria razão para a norma *specialis* consubstanciada no § 4º do mesmo dispositivo. 5. In *casu*, a Fazenda Nacional sucumbente foi condenada a pagar, a título de honorários advocatícios ao recorrente, o valor de R\$ 400,00 em sede de ação. 6. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. (...). (STJ - AgRg no REsp 1209566 / MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Data do Julgamento 02/12/2010, Data da Publicação 14/12/2010) – destaquei.

Logo, entendo que as verbas honorárias foram fixadas devidamente, visto que, levando em consideração o zelo profissional do Advogado, o lugar da prestação de serviços, o trabalho realizado pelo causídico e, principalmente, o tempo exigido para o seu serviço, tem-se que tal verba deve ser mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, especialmente porque a autora/apelada decaiu em parte mínima.

Por fim, verifica-se que a sentença, ora submetida ao reexame necessário, merece ser mantida 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 PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO**, apenas para que a condenação tenha efeitos

pretéritos e não doravante, caso perdure o desvio de função verificado, mantendo-se os ônus sucumbenciais, porquanto a promovente/apelada decaiu em parte mínima.

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