



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2015.0000744029

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0005193-94.2014.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ EDUARDO MÁRCICO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda do Estado de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 5 de outubro de 2015.

SIDNEY ROMANO DOS REIS
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 0005193-94.2014.8.26.0619 Voto nº 24.966

Recorrente: Juízo "Ex Officio"

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelado: José Eduardo Márcico

Comarca: Taquaritinga

MM. Juiz *a quo*. Marcus Frazão Frota

Reexame necessário/Apelação Cível – Ação Ordinária – Servidor público estadual que, embora ocupante do cargo de Papiloscopista, exerceu, na prática, tarefas inerentes ao cargo de Perito Policial – Autor que pretende receber as diferenças salariais decorrentes do desvio de função - Sentença de procedência – Reexame necessário e recurso da FESP – Desprovisamento de rigor - Desvio de função que resguarda o direito do autor em receber as diferenças salariais devidas, observada a prescrição quinquenal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública – Não há que falar em afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal, nem à Súmula nº 339 do E. STF – Precedentes - Verba devida com incidência de correção monetária e juros de mora, nos termos da LF nº 11.960/09 – Ônus de sucumbência mantidos - R. Sentença mantida. Reexame necessário e recurso da FESP desprovidos.

1. Por r. Sentença de fls. 243/245, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga, nos autos da ação ordinária proposta por José Eduardo Márcico em face da Fazenda do Estado de São Paulo, assim decidiu: *"JULGO PROCEDENTE a demanda, na forma do art. 269, I, do CPC, condenando a FESP a pagar a José Eduardo Márcico, as diferenças de vencimentos existentes entre o seu cargo de origem, Papiloscopista Policial, e os cargos paradigma de Perito Policial, no período compreendido entre 11/07/2009 até a data de publicação da presente sentença. (...) as verbas atrasadas serão corrigidas monetariamente de acordo com a tabela do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir dos respectivos vencimentos e acrescidas de juros de mora a partir da citação,*

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nos termos da Lei Federal nº 11.960/09". Pela sucumbência, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Suscitado reexame necessário.

Foram interpostos Embargos de Declaração pela Fazenda Estadual (fls. 249/253), que restaram rejeitados (fls. 254).

Irresignada, ainda, apela a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 258/285). Pretende a inversão do julgado, sustentando que não restou suficientemente comprovado a habitualidade da prestação das alegadas atividades, eis que a transitoriedade ou mesmo o exercício esporádico de outras atividades não configura desvio de função. Alega, ainda, a ausência de obrigação de exercício de outras funções, a solidariedade no ambiente de trabalho (art. 241, XII, da Lei 10.261/68) e a ausência de nomeação do apelado para o exercício do cargo de perito policial. Alerta que o pedido inicial encontra óbice no disposto no art. 2º e 37, XIII, da Constituição Federal. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios e a reforma da r. Sentença no que diz respeito aos juros e correção monetária.

Recebido o recurso (fls. 286), com apresentação de contrarrazões (fls.290/294), subiram os autos.

É o relatório.

2. Não comporta reforma a r. Sentença recorrida.

O cerne da controvérsia diz respeito à suposta configuração de desvio de função entre os cargos públicos de papiloscopista e perito policial.

O entendimento esposado pelo Nobre Magistrado de Primeiro Grau se coaduna com as provas constantes dos autos, mostrando-se imperiosa a condenação da requerida ao pagamento das

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diferenças salariais entre ambos os cargos ao autor, ora apelado.

Primeiramente, saliente-se que não há dúvidas acerca da efetiva prestação de serviços típicos do cargo de perito policial pelo autor, em que pese ser ocupante do cargo de papiloscopista policial.

O autor juntou aos autos laudos confeccionados desde 1995, relatórios de investigação, boletins de ocorrência com chamadas para atendimento de local de crime (fls.10/214), todos atestando habitualidade e desvio de função.

Ora, muito embora deva a Administração se atentar para o princípio da legalidade estrita, não há como se deixar cegar por excessivo formalismo e negar a própria realidade em que as Administrações Públicas se socorrem de mecanismos diversos para burlar tal princípio e designar informalmente servidores para cargos diversos dos quais foram selecionados.

Em casos como o dos autos, impõe-se o reconhecimento do direito ao recebimento da diferença entre um e outro cargo, sob pena de indevido e imoral locupletamento ilícito pela Administração Pública Estadual, em razão do tipo de serviço prestado pelos servidores.

Este, aliás, o entendimento majoritário desta C. Câmara de Direito Público, bem como desta própria Corte:

FUNCIONÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL – Desvio de função – Servidor concursado para o cargo de Auxiliar Geral, que passou a exercer a função de Lixeiro e Vigia/Guarda – Pretensão ao recebimento da diferença entre as referidas remunerações - Admissibilidade – Comprovação do desvio de função – Direito ao recebimento das diferenças salariais, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração – Sentença de procedência – Recurso não provido. (TJ/SP, Apelação nº. 0003525-16.2009.8.26.0441, Relator: Reinaldo Miluzzi, Comarca: Peruíbe, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo: 19.09.2011).

Desvio de função - Servidora pública municipal que prestou concurso público para Assistente de Administração II, mas exercia de fato o ofício de Secretária de Gabinete - O pagamento dos salários deve ser condizente com as funções realmente exercidas - Se a servidora, por ordem da Administração, passou a exercer função diversa daquela para a qual foi contratada, tem-se que os serviços prestados devem ser remunerados de acordo com a função realmente exercida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública - Ação julgada procedente - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP, Apelação Com Revisão 513.022-5/4-00, Relator: Leme de Campos, Comarca: Sorocaba, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 26/11/2007).

FUNCIONÁRIO PÚBLICO - Desvio de função - Indenização no equivalente à diferença de vencimentos entre cargo ocupado e aquele referente a serviços prestados - Possibilidade - Não se trata de pedido de equiparação salarial, mas sim indenizatório, em face de ilícito administrativo, o qual produz enriquecimento sem causa por parte da Administração - Não cabimento da Súmula 339 do STF - Respeito à prescrição quinquenal. Recurso improvido. (TJSP, Apelação com Revisão 408.859-5/2-00, Relator: Carlos Eduardo Pachí, Comarca: Sorocaba, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 12/11/2007).

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - Confirmado o desvio de função, cabível indenização à Guardas Municipais por período em que exerceram funções do cargo de Agente de Trânsito. Diferenças devidas, como apuradas em execução. Recursos não providos. (TJ/SP, Apelação nº 990.10.270.455-6, Relator: Evaristo dos Santos, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 23.08.10).

No mesmo sentido o posicionamento dos E.

Tribunais Superiores:

**AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR
PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO**

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DE 1988. IMPOSSIBILIDADE DE REENQUADRAMENTO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o desvio de função ocorrido em data posterior à Constituição de 1988 não pode dar ensejo ao reenquadramento. No entanto, tem o servidor direito de receber a diferença das remunerações, como indenização, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado" (STF, AI 339.234-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence). Outros precedentes: RE 191.278, RE 222.656, RE 314.973-AgR, AI 485.431-AgR, AI 516.622-AgR, e REs 276.228, 348.515 e 442.965. Agravo regimental desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO AOS VALORES REFERENTES AO CARGO OCUPADO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Consoante entendimento pacífico desta Corte, na hipótese de 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. Incidência da Súmula 378/STJ. 2. Não se cogita a existência de julgamento ultra petita, quando o Tribunal a quo, diante do desvio de função, nega a incorporação da vantagem inerente ao cargo ocupado, mas reconhece o direito à indenização pelas diferenças salariais decorrentes. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 1261874 / RJ, T6 - SEXTA TURMA – Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Data do julgamento: 13/12/2011).

E, neste sentido, também enuncia a Súmula nº 378 do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.

Frise-se que não se trata de enquadramento, nem incorporação, tampouco equiparação salarial sob o fundamento de isonomia, mas sim de indenização pelo trabalho efetivamente prestado,

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consistente na diferença de vencimentos entre o cargo ocupado (em que o servidor público é lotado) e aquele de fato exercido.

Destarte, faz-se mister a manutenção da r. Sentença, a fim de condenar a requerida a pagar ao autor a diferença de vencimentos apurada entre a remuneração por ele percebida no cargo de papiloscopista e a devida para o cargo de perito policial, observada a prescrição quinquenal e anterior à propositura da demanda.

Sobre as verbas devidas, incidem correção monetária desde cada parcela e juros de mora desde a citação, nos termos da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, nos termos da Lei Federal nº 11.960/09, até o julgamento da Repercussão Geral nº 810 pelo STF, observando-se que a modulação das ADIs 4.357 e 4.425 limitou-se ao regime dos precatórios expedidos.

Consigna-se, por fim, que a verba devida ao autor deve ser declarada de natureza alimentar, na medida em que relativa a vencimentos, e, portanto, goza dos respectivos benefícios constitucionais para seu pagamento, nos termos do art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 30/2000.

Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados, em consonância com o art. 20, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Assim, é de ser integralmente mantida e ratificada a r. Sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 252 do RITJSP.

Por fim, para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda do

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo.

Sidney Romano dos Reis
Relator

Apelação n. 0005193-94.2014.8.26.0619