



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES Nº 0029329-26.2013.815.2001.

Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*
Origem : *4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.*
1º Apelante : *Marcone Cavalcante de Souza.*
Advogado : *Roberto Pessoa Peixoto de Vasconcelos.*
2º Apelante : *Estado da Paraíba.*
Procurador : *Felipe de Brito Lira Souto.*
Apelados : *Os mesmos.*

REEXAME OFICIAL E RECURSO APELATÓRIO DO RÉU. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS ENTRE CARGOS. PEDIDOS JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES. PREJUDICIAL DE MÉRITO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 85 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO. MÉRITO. ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA POR PRESTADOR DE SERVIÇO. INDENIZAÇÃO CONSISTENTE NA EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REENQUADRAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA EM FACE DA FAZENDA. INCIDÊNCIA DA NORMA DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997 COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/2009. OBSERVÂNCIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS ADI's 4.357 e 4.425. REFORMA DA SENTENÇA NESTE PONTO. PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

- 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, contudo, a decisão em reenquadramento funcional.

- A Suprema Corte decidiu, em modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, que: “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários” (Questão de Ordem nas ADI's 4.357 e 4.425).

- Em condenações em face da Fazenda Pública, deve-se observar a incidência de juros de mora da seguinte forma: a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009 até 25/03/2015; e d) percentual de 0,5% ao mês a partir de 25/03/2015.

APELAÇÃO DO AUTOR. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

- O servidor prejudicado pelo desvio de função será indenizado nos valores correspondentes às diferenças salariais, não importando, contudo, a decisão em reenquadramento funcional. De outro vértice, conceder-se tais diferenças para o futuro é indenizar fato simplesmente ainda não ocorrido, ratificando uma conduta ilícita por parte da Administração, o que importaria, de fato, em um reenquadramento

disfarçado, o que é vedado sem a realização de novo concurso público.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão ordinária, rejeitar a prejudicial de prescrição. No mérito, por igual votação, negou-se provimento ao apelo do autor e deu-se provimento parcial ao reexame e ao apelo do Estado, nos termos do voto do relator.

Trata-se de **Recurso Oficial** e de **Apelações Cíveis** interpostas pelo **Estado da Paraíba** e por **Marcone Cavalcante Souza**, hostilizando a sentença do Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que, nos autos da **Ação de Obrigação de Fazer c/c Cobrança de Diferenças Salariais**, manejada pelo segundo apelante, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

“Isto Posto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado por MARCONE CAVALCANTE SOUZA em face do ESTADO DA PARAÍBA, e o faço para determinar o pagamento das diferenças salariais referentes aos vencimentos, gratificações e demais vantagens aos que exercem a mesma função de Agente de Segurança Penitenciário, do período pretérito em que observado o desvio de função, respeitada a prescrição quinquenal, e observada a aplicação de juros de mora de 0,5% ao mês e correção monetária pelo INPC desde o vencimento de cada importância devida. Os valores deverão ser apurados em liquidação de sentença. Não merece ser acolhido, o pedido de implantação das aludidas verbas no contracheque do autor, vez que para exercer, efetivamente, o cargo de agente penitenciário, deve se submeter ao respectivo concurso público.

Por fim, condeno o promovido ao pagamento de honorários advocatícios que, com arrimo nos §§3º e 4º, do artigo 20, do CPC, fixo no percentual de 10% (dez por cento) da condenação”

Inconformado, o autor interpôs Recurso Apalatório (fls. 77/88), em cujas razões pugna pela reforma da sentença para que o Estado da Paraíba seja condenado a corrigir seus vencimentos e demais vantagens, equiparando-os aos que desempenham as mesmas funções no cargo de Agente Penitenciário, enquanto permanecer no seu exercício.

O Estado da Paraíba, por sua vez, igualmente interpôs apelação (fls. 90/100), arguindo, prefacialmente, a prejudicial de prescrição de fundo de direito. No mérito, alega a ausência de especificação pelo autor dos valores efetivamente cobrados e defende ser inexistente o direito à equiparação, bem

como às diferenças remuneratórias, haja vista ser o demandante contratado temporariamente e seu reenquadramento implicar em burla ao concurso público.

Ao final, pugna pela reforma da sentença, a fim de serem julgados improcedentes os pedidos autorais, ou, subsidiariamente, que seja reduzido o percentual da condenação relativa aos honorários sucumbenciais e aplicados os juros de mora e a correção monetária nos termos do art. 1º-F, da Lei 9.494/97.

Contrarrazões apresentadas pelo autor (fls. 104/114)

A Douta Procuradoria de Justiça (fls. 121/123) opinou pela rejeição da preliminar de prescrição, e pelo prosseguimento dos apelos e da remessa necessária, sem manifestação meritória.

É o relatório.

VOTO.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Remessa Necessária, analisando-a conjuntamente com as Apelações interpostas, face à indissociabilidade de seus fundamentos.

1 – Prejudicial de Mérito – Prescrição do Fundo de Direito.

De antemão, cumpre registrar que a pretensão de obter reajustes que, por isonomia, seriam devidos aos servidores, na medida em que se origina de uma omissão do Estado, não tem o fundo de direito perecido pela prescrição, pois consiste em relação de trato sucessivo, prescrevendo, somente, conforme a súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, as parcelas anteriores a cinco anos da propositura da ação, pelo que se rejeitou a preliminar de prescrição.

Sobre o assunto, é firme o entendimento do Tribunal da Cidadania, conforme se infere do seguinte julgado:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIFERENÇA REMUNERATÓRIA ENTRE OCUPANTES DO MESMO CARGO. ISONOMIA. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 85/STJ. CONTRASTE DE SITUAÇÃO COM OUTROS SERVIDORES. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A pretensão de equiparação salarial, conforme deduzida na petição inicial, debate relação jurídica de trato sucessivo, o que afasta a incidência da prescrição, nos termos da Súmula 85/STJ. Desbordar dessas considerações, especialmente em relação ao termo a quo proposto, demanda exame de

lei local, conforme afirmado pelo próprio agravante, o que vedado pela Súmula 280/STF.

(...)

(STJ - AgRg no REsp: 1267518 CE 2011/0171787-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 28/02/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2012) (grifo nosso).

Assim, tendo o juiz condenado o promovente a pagar as diferenças salariais referentes apenas aos 05 (cinco) anos antecedentes ao ajuizamento da demanda, vê-se que manifestamente improcedente o argumento apelatório, motivo pelo qual **REJEITO** a prejudicial de mérito levantada.

2 - Mérito

Compulsando os autos, observa-se que a questão controvertida consiste em saber se é lícita a equiparação remuneratória entre o autor, primeiro apelante, que é prestador de serviços, mas exerce a função de agente penitenciário, e o servidor paradigma, investido mediante concurso público na função de agente de segurança penitenciário.

Como relatado, a presente demanda visa à cobrança de diferenças salariais, em virtude do desvio de função do prestador de serviços.

Pois bem, analisando o acervo probatório colacionado à exordial da presente ação, deparamo-nos com documentos confeccionados no âmbito da própria Administração Estadual, noticiando que o autor, desde março de 2012, labora em presídio e exerce as atividades inerentes a Agente de Segurança Penitenciário, fato que sequer foi questionado por meio do recurso apelatório.

Há de se destacar que há prova inequívoca do desvio de função, porquanto, conforme se depreende da carteira funcional expedida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (fls. 16), está atestado exercício do cargo de Agente de Segurança Penitenciária, contrapondo-se às portarias de nomeação (fls. 18 e 25) em que está expressa a designação do promovente para o exercício do cargo de provimento em comissão de “Chefe de Segurança e Disciplina da Penitenciária”. Muito embora cediço, importa destacar que o referido registro trata-se de documento oficial de identificação, dotado de fé pública.

Assim, diante das declarações emitidas pelos próprios órgãos administrativos do ente apelante e demais documentos colacionados aos autos, não restam dúvidas de que, o promovente, ora recorrido, foi designado para desempenhar atribuições estranhas ao cargo que ocupa, razão pela qual possui direito a perceber as diferenças salariais em questão.

Uma vez ultrapassada a questão probatória alegada, há de se analisar as consequências que o desvio de função gera, especialmente sob o

prisma da alegação defensiva de que a Constituição Federal veda qualquer forma de reenquadramento funcional, ou seja, o servidor público não pode ser enquadrado em cargo diverso do que foi investido, na medida em que os cargos públicos só seriam acessíveis mediante a aprovação em concurso público destinado ao seu provimento.

Com efeito, como se infere do art. 37, inciso II, da Carta Fundamental, a norma é bastante clara ao exigir a aprovação em concurso para a investidura em cargo público. Registre-se:

“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”.

Portanto, não restam dúvidas de que o recorrido só poderia ocupar, **efetivamente**, o cargo de agente penitenciário se houvesse prestado concurso público para o referido cargo. Todavia, restando-se evidenciado o desvio de função para a qual foi contratado, assumindo compromissos e obrigações que demandavam atribuições diversas, torna-se perfeitamente possível o direito do autor receber, a título de indenização, as diferenças dos vencimentos da função efetivamente desempenhada, respeitada a prescrição quinquenal, como bem asseverou o juízo *a quo*.

A medida tem o propósito de evitar o enriquecimento sem causa por parte do Poder Público, caracterizando-se, frise-se, como medida indenizatória, e não de implantação de novos valores em contracheque, o que configuraria reenquadramento funcional, vedado sem realização de novo concurso público.

Assim, é bem verdade que não existe qualquer previsão legal para a equiparação salarial entre ocupante de cargo público realizado em desvio de função com o servidor paradigma, uma vez tratar-se de situação fática que não deveria ocorrer na Administração Pública.. Contudo, não há que abjurar a realidade para eximir o Estado da Paraíba ao pagamento dos valores reclamados na inicial, sob pena de culminar no enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, desprestigiando, ainda, a prevalência da realidade sobre a forma.

Registre-se mais uma vez que a “equiparação salarial” operada nada mais é que uma indenização, consistente nos valores das diferenças salariais. Não deixando margem a qualquer dúvida, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou, em 2009, o Enunciado nº 378 de sua Súmula, com a seguinte redação:

“Enunciado 378. Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

Por outro lado, não se pode conceder estabilidade à parte autora, muito menos qualquer reenquadramento funcional.

Acompanhando o raciocínio, tem entendido esta Egrégia Segunda Câmara do Tribunal de Justiça da Paraíba:

*“Apelação cível. Ação de cobrança. Servidor contratado. Desvio de função. Agente administrativo exercendo a função de agente penitenciário. Alegada promoção de isonomia salarial. Descabimento. Não infringência à Súmula nº 339 do STF ou a dispositivo constitucional. Diferença salarial. Possibilidade de pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito do estado em detrimento do servidor. Sentença mantida. Desprovimento. **A jurisprudência dos tribunais superiores já está sedimentada no sentido de que é admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual foi originariamente nomeado, não sendo a hipótese de promoção de isonomia salarial.** (TJPB; AC 200.2010.027110-1/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel^a Des^a Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira; DJPB 26/06/2013; Pág. 11).*

Assim, andou bem a sentença ao afastar o pedido de implantação da diferença salarial no contracheque do demandante. Isso porque, como é cediço, o desvio de função é ato irregular, ilícito, não podendo o Judiciário aceitá-lo para fazer perdurar, no futuro, uma situação anômala. Caso o desvio persista, deverá o servidor buscar os mecanismos legais para a correção da ilegalidade, não podendo em hipótese alguma o Judiciário reconhecer sua manutenção para o futuro, deferindo desde já a equiparação salarial em decorrência da persistência de uma ilegalidade.

Conceder tais diferenças para o futuro seria indenizar fato simplesmente ainda não ocorrido, ratificando uma conduta ilícita por parte da Administração, importando, de fato, em um reenquadramento disfarçado, o que é vedado sem a realização de novo concurso público.

Nesse sentido, importa destacar julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. POLICIAL MILITAR. FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. REENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇA SALARIAL. DEVIDA. I. As atividades inerentes a carreira dos policiais militares não incluem as tarefas de guarda, custódia e vigilância dos recolhidos em estabelecimentos prisionais, de modo que o seu exercício por estes profissionais revela nítido desvio de função. II. O reconhecimento do desvio de função não autoriza, contudo, o reenquadramento do cargo, dada a exigência constitucional de aprovação prévia em concurso público (CF, art. 37, II). Por outro lado, deve-se pagar a diferença da remuneração, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do Estado. Inteligência da Súmula nº 378 do STJ. III. Negou-se provimento ao recurso”. (TJDF; Rec 2006.01.1.012091-3; Ac. 596.613; Sexta Turma Cível; Rel. Desig. Des. José Divino de Oliveira; DJDFTE 22/06/2012; Pág. 260).

Quanto à aplicação de juros e correção monetária em face da Fazenda Pública, verifica-se que a decisão do juiz singular merece reforma. Isso porque a situação em análise se enquadra no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 – com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009, devendo-se, pois, observar os índices oficiais da remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Observe-se, ainda, que a Lei nº 11.960/2009 não pode retroagir, ou seja, incabível a sua aplicação em período anterior à sua vigência, consoante entendimento jurisprudencial do Tribunal da Cidadania, abaixo transcrito:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º DA LEI N. 11.960/2009. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC. OMISSÃO QUE SE VERIFICA. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM

EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

2. *O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.205.946/SP, sob o rito do art. 543-C, assentou que as normas disciplinares dos juros de mora possuem natureza eminentemente processual, devendo ser aplicadas aos processos em curso, em atenção ao princípio tempus regit actum. Precedentes.*

3. *Caso em que os juros de mora devem incidir da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/8/2001, data de publicação da MP n. 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n. 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n. 11.960/2009.*

(...)

(STJ/EDcl nos Edcl nos Edcl no AgRg no REsp 957810/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 17/09/2013).(grifo nosso).

Tal entendimento deve-se coadunar com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art.1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, tomada no âmbito dos julgamentos das ADI's 4357 e 4425.

A Suprema Corte decidiu, em modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, que: “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários” (Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425).

Assim sendo, tem-se que, em condenações em face da Fazenda Pública, deve-se observar a incidência de juros de mora da seguinte forma: a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009 até 25/03/2015; e d) percentual de 0,5% ao mês a partir de 25/03/2015.

Dessa forma, no presente caso, em se verificando que o termo inicial do desvio de função e o ajuizamento da demanda ocorreram posteriormente ao advento da Lei nº 11.960/2009, deve-se observar a incidência dos índices de correção monetária e juros da caderneta de poupança até 25/03/2015, incidindo, após tal data, o índice de correção pelo IPCA-E e os juros de mora de 0,5% ao mês.

No que concerne à fixação dos honorários advocatícios, justamente por não demandar grande complexidade a causa em questão, encontrando-se, porém, presentes os demais vetores que conduzem à quantificação dessa verba, foi estabelecida a condenação em 10% sobre o valor da causa, sendo um patamar que se mostra em conformidade com o art. 20, §4º do Código de Processo Civil.

Dessa forma, verificando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, bem como o trabalho realizado pelos advogados da autora – que, inclusive, permitiu o julgamento antecipado do mérito, proporcionando uma das características mais almejadas na atualidade, que é a celeridade processual –, afigura-se como justo o percentual aplicado na decisão vergastada.

- Conclusão

Ante o exposto, com fundamento nos argumentos acima aduzidos, **REJEITO A PREJUDICIAL DE MÉRITO AVENTADA** e, na análise meritória, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E AO APELO DO ESTADO DA PARAÍBA**, tão somente para reformar a aplicação de juros e correção monetária na condenação imposta na sentença reexaminada, devendo-se observar a incidência dos índices de correção monetária e juros da caderneta de poupança até 25/03/2015, incidindo, após tal data, o índice de correção pelo IPCA-E e os juros de mora de 0,5% ao mês.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, o Exmo. Dr. Onaldo Rocha de Queiroga, juiz convocado em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Promotora de Justiça convocada. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 11 de fevereiro de 2016.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator

