



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO N.0019163-03.2011.815.2001

ORIGEM: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

RELATOR: Desembargador João Alves da Silva

APELANTE: Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Igor de Rosalmeida Dantas

APELADO: José Nascimento Alves (Adv. Francisco de Andrade Carneiro Neto – OAB/PB nº 7.964)

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRESTADOR DE SERVIÇOS. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÕES PRÓPRIAS DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DIFERENÇA SALARIAL. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STF, STJ E TJPB. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO E PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA.

- “É cediço na Corte que as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada *in casu*”¹.

- A jurisprudência dos Tribunais Superiores, assim como, desta Corte de Justiça, já está sedimentada no sentido de que é plenamente admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual fora originariamente designado, sob pena de enriquecimento ilícito, não sendo hipótese de promoção de isonomia salarial.

1 STJ - REsp 1057754 / SP – Rel. Min. LUIZ FUX. - .PRIMEIRA TURMA - .23/03/2010 - 14/04/2010.

- “[...] para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-lei 2.332/87, no período anterior a 27/08/2001, data da publicação da Medida Provisória 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei 9.497/97; percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória 2.180-35/2001, até o advento da Lei 11.960, de 29/06/2009 (DOU de 30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97; juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, incidindo a correção monetária, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, calculada com base no IPCA, a partir da publicação da referida Lei (30/06/2009)².

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas.

ACORDA a 4ª Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, rejeitar a prejudicial de prescrição e, no mérito, negar provimento ao recurso apelatório e dar provimento parcial à remessa, nos termos do voto do relator, integrando a decisão a certidão de julgamento de fl. 85.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos oficial e apelatório manejado pelo Estado da Paraíba contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança de diferenças salariais, promovida por José Nascimento Alves, ora apelado, em face do Poder Público recorrente.

Na sentença objurgada, o douto magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão vestibular, para o fim de condenar a Fazenda Pública ao pagamento das diferenças salariais inerentes ao cargo de Agente de Segurança Penitenciário, respeitada a prescrição quinquenal, valor este devidamente atualizado pelo IPCA e juros de mora, a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês.

Inconformado, o Poder Público interpôs recurso apelatório, pugnando pela reforma do *decisum a quo*, argumentando, em síntese: a prescrição da

² STJ, AgRg REsp 1086740/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª TURMA, 10/12/2013, 10/02/2014.

pretensão do autor; a inexistência de direito ao enquadramento; a impossibilidade de condenação do Estado ao pagamento das diferenças salariais.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Diante da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, deixo de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 169, § 1º, do RITJPB c/c o art. 178, do CPC.

É o relatório.

VOTO

Oportuno destacar, de início, que a controvérsia em disceptação transita em redor do direito do autor de perceber diferenças salariais decorrentes de desvio de função, haja vista o conjunto probatório carreado aos autos demonstrar que o mesmo percebia seus rendimentos com base no cargo de “Prestador de Serviços”, quando, na verdade, desempenhava as atribuições da função de “Agente Penitenciária”.

À luz desse entendimento, inegável a procedência da pretensão.

Nestes termos, pois, antes de se adentrar no *meritum causae* propriamente dito, importante lembrar, em razão da natureza da causa, que, em se tratado de demandas aforadas em face da Fazenda Pública, deve ser aplicado o prazo prescricional instituído pelo Decreto 20.910/32 (prescrição quinquenal), por se tratar de legislação específica sobre o tema. Nesse sentido, destaco:

“É cediço na Corte que as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu.” (STJ - REsp 1057754 / SP – Rel. Min. LUIZ FUX - 1ª TURMA - 23/03/2010 - 14/04/2010).

“Execução. Restituição de valores indevidamente pagos a servidor público. Prescrição. Aplicação do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. 1. O prazo prescricional para a cobrança de crédito de natureza administrativa é de cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32, em obediência ao princípio da igualdade. 2. Precedentes. 3. Recurso especial improvido.” (REsp 781601 / DF – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Rel. p/ Acórdão – Min. NILSON NAVES - SEXTA TURMA - 24/11/2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 08/03/2010).

“O ajuizamento de ação ordinária contra ato de anulação de

nomeação de servidor deve respeitar o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, também aplicável às hipóteses de direito pessoal contra a Fazenda pública, não incidindo o disposto no artigo 177 do Código Civil de 1916. Precedente.” (STJ - AR 2888 / BA – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - TERCEIRA SEÇÃO - 14/10/2009 - DJe 03/11/2009).

Adotando esse entendimento, o Colendo STJ, através da Súmula 85, afirmou que: **“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.**

Isto posto, essencial destacar que todo o pleito formulado pelo servidor público recorrido deve ser analisado com vistas à prescrição quinquenal, especialmente em razão dos efeitos retroativos da demanda, **razão pela qual rejeito a prejudicial levantada.**

Superada tal questão inicial procedendo-se ao mérito, reprise-se que, ao ajuizar a demanda, o promovente alegou que, muito embora exercesse as funções ínsitas aos “agentes de segurança penitenciários”, não recebia remuneração atribuída a este cargo, mas sim, referentes aos de “prestador de serviços”.

Pois bem. No caso dos autos, o autor apelado demonstrou, inequivocamente, o exercício de atribuições de agente penitenciário, conforme provas colacionadas aos autos.

Em outras palavras, restou efetivamente demonstrado, pela documentação trazida pelo autor, sua condição de “prestador de serviço público”, exercendo, todavia, atribuições do cargo de “agente de segurança penitenciária”.

Sob tal prisma, pois, evidenciado o desvio de função, frise-se que a matéria, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, já está pacificada no sentido de que o pagamento de diferença salarial por desvio de função de servidor público não implica em isonomia, tampouco infringe norma constitucional, pois consiste em alocar o servidor em função para a qual não foi aprovado sem prévio concurso público.

Igualmente, também é descabido o argumento de que a manutenção da sentença representaria promoção, pelo Judiciário, de isonomia salarial, em confronto com a Constituição Federal e a Súmula 339 do STF, cujo teor afirma que **“não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de Isonomia”.**

Na verdade, a pretensão do demandante é de perceber as

diferenças salariais pagas a menor, em face de exercer as atribuições próprias de um agente de segurança penitenciário, sob pena de inafastável enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Com efeito, o cerne da questão não é a efetivação do servidor temporário sem prévio concurso público, o que, de fato, é vedado pela Constituição Federal; ou mesmo promoção de isonomia, mas o reconhecimento de que o Estado da Paraíba, historicamente, lança mão de conduta lesiva ao servidor público e à sociedade – desvio de função, para suprir necessidade sua, da qual, por incompetência, inércia administrativa ou mero desprezo com a gestão pública, não consegue viabilizar pela via constitucionalmente prevista.

Destaco, ainda, que não se pode admitir que a Administração viole a Constituição Federal (art. 37), no que diz respeito à exigência do concurso como regra para ingresso no serviço público, e lance mão desta mesma exigência constitucional para justificar o pagamento a menor de pessoas designadas para exercer funções estranhas àquelas do cargo público que exercem.

Intolerável, por ser abusivo e irregular, é a Administração, designar um de seus servidores para exercer ofício sem a correspondente remuneração compatível com a função, sobretudo em local de trabalho de reconhecida periculosidade. Nesta esteira, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que, reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais dele decorrentes. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (REsp 619058/RS – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma (T5). Julgamento: 15/03/2007. Publicação: DJ 23.04.2007 p. 291).

Assim, o que se depreende do julgado em destaque é que a Administração Pública não se pode locupletar do labor de seus servidores, sendo este o motivo de admissibilidade do pagamento de diferença salarial do recorrido.

Na realidade, tal prática revela, de um lado, a exploração da força de trabalho do servidor hipossuficiente; de outro, o desinteresse da Administração com a qualidade do serviço, ao postergar a nomeação de servidores concursados para o preenchimento de cargos vagos em categorias especializadas,

como é o caso dos agentes penitenciários, cujo quadro é altamente deficitário.

Desta feita, o mínimo que se pode garantir ao servidor, em tais situações, é o direito de perceber a diferença salarial. Neste sentido, apresento o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. VENCIMENTOS. DIFERENÇAS DEVIDAS. DIREITO DO SERVIDOR. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. Caracterizado o desvio de função, o servidor público tem o direito à percepção das diferenças de vencimentos, posto que se assim não fosse, restaria configurado o enriquecimento ilícito da Administração Pública em detrimento do servidor. O art. 37, II, da CR/88 não permite o provimento de cargo sem concurso, mas não obsta a percepção das diferenças de vencimentos do cargo de origem e das funções do cargo para o qual fora desviado. Se os honorários advocatícios foram fixados com fidelidade aos princípios legais que os regem, não há se falar em alteração do *quantum* arbitrado. Reformar parcialmente a sentença no reexame necessário. Dar parcial provimento ao 1º recurso e negar provimento ao 2º recurso. (Processo 1.0024.04.516891-1/001(1). Relator: Belizário de Lacerda. TJMG. Julgamento: 30.05.2006. Publicação: 07.07.2006).

No mesmo sentido, confira-se julgados desta Corte, *in verbis*:

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA -SERVIDOR CONTRATADO - DESVIO DE FUNÇÃO - DIFERENÇA DE VENCIMENTOS -ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO - DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. O reaproveitamento do servidor não pode ocorrer em seu prejuízo financeiro e em favor da Administração Pública que se locupletará indevidamente pelos serviços prestados em outra função. Tendo a Administração Pública promovido o desvio de função de servidor, nasce para o mesmo o direito à indenização pelo serviço prestado, com base na diferença entre as respectivas remunerações. (TJPB – ROAC nº 20020090263480001 – Relª. Desª. Maria de Fátima Moraes B. Cavalcanti - 2ª Câmara Cíve) – j. 30/03/2010).

AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRATO TEMPORÁRIO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÕES PRÓPRIAS DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DIFERENÇA SALARIAL. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DETRIMENTO DO

SERVIDOR. PRECEDENTES DO STJ, TJPB E STF. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 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 designado, não sendo a hipótese de promoção de isonomia salarial. (TJPB – Aint nº 200.2009.010081-5/001 – Rel. Des. João Alves da Silva – 4ª C. Cível – j. 15/10/2010).

Embora o réu invoque a Súmula 339 do STF, entendo que, neste caso, o Judiciário não está promovendo isonomia salarial. O que ocorre é que, uma vez provocado pelo jurisdicionado, não pode a esfera judicante calar diante de flagrante irregularidade, em detrimento do servidor desviado da função originária. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento análogo, entendeu que em casos desse jaez é inaplicável o referido entendimento sumulado. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, quando há desvio de função do servidor público, é devida a diferença salarial correspondente à função efetivamente desempenhada, sendo inaplicável, no caso, o enunciado nº 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental improvido.³

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que, reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais dele decorrentes. Precedentes. (STJ - REsp 619058 / RS – Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima – T5 - DJ 23/04/2007 p. 291).

No mesmo sentido, transcrevo julgado do Supremo Tribunal Federal, editor da Súmula 339, anteriormente mencionada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. I. - O servidor público desviado de suas funções, após a promulgação da Constituição, não pode ser reenquadrado, mas tem direito ao recebimento, como indenização, da diferença remuneratória entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato. (RE-ED 486184 / SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 12/12/2006. 1ª Turma).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE

3 AgRg no REsp 439.244/RS, 6.ª Turma-STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 15/03/2004.

FUNÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO 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" (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. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. (RE-AgR 433578 / DE. Rel. Min. Carlos Britto. 13/06/2006. 1ª Turma . DJ 27-10-2006 PP-00047).

Outrossim, naquilo que pertine aos juros de mora e à correção monetária, urge ressaltar que o STJ firmou entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública "[...] **para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-lei 2.332/87, no período anterior a 27/08/2001, data da publicação da Medida Provisória 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei 9.497/97; percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória 2.180-35/2001, até o advento da Lei 11.960, de 29/06/2009 (DOU de 30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97; juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, incidindo a correção monetária, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, calculada com base no IPCA, a partir da publicação da referida Lei (30/06/2009)**⁴.

Posto isso, considerando que a matéria tratada no apelo confronta o entendimento pacífico das Cortes Superiores e deste Tribunal, **rejeito a prejudicial de prescrição e, no mérito, nego provimento ao recurso apelatório e dou provimento parcial à remessa**, apenas para adequar os juros de mora e correção monetária aos acima delineados, mantendo, no mais, a r. sentença atacada. **É como voto.**

DECISÃO

A Quarta Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba decidiu, por unanimidade, rejeitar a prejudicial de prescrição e, no mérito negar provimento ao recurso apelatório e dar parcial provimento à remessa, nos termos do voto do relator.

4 STJ, AgRg REsp 1086740/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª TURMA, 10/12/2013, 10/02/2014.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Participaram do julgamento o Exmo. Des. João Alves da Silva, o Exmo. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira e o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho.

Presente ao julgamento a Exma. Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Promotora de Justiça convocada

Sala de Sessões da Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 07 de fevereiro de 2017.

João Pessoa, 08 de fevereiro de 2017.

Desembargador João Alves da Silva
Relator