



**ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES**

DECISÃO TERMINATIVA

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0101124-29.2012.815.2001 — 6ª
Vara da Fazenda Pública da Capital**

Relator : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides

Apelante : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador, Alexandre Magnus F. Freire

Apelado : Francisco Herlandes de Farias

Advogada : Paula Lais de Oliveira Santana Miranda (OAB/PB nº 16.698)

Remetente : Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA ILÍQUIDA. CONHECIMENTO DA REMESSA. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO BIENAL. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85 DO STJ. REJEIÇÃO. COBRANÇA. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO EXERCENDO A FUNÇÃO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDO. SÚMULA 378 DO STJ. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MODIFICAÇÃO. ART. 932, V, “A”, DO NCPC. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

— “Em que pesem as alegações da edilidade quanto à inexistência de provas do desvio de função, estas não devem prosperar, pois, em momento algum, o estado questionou, com precisão, a existência do desvio de função, o que se tornou fato incontroverso, nos termos do art. 302, in fine, c/c art. 334, III, ambos do CPC. Ademais, o recorrido trouxe aos autos documentos que comprovaram a sua atuação como agente penitenciário, mas com vencimentos de simples prestador de serviços, com ganhos em valores bem inferiores. Segundo a Súmula nº 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 a decisão em reenquadramento funcional. O desvio de função é ato ilícito, não podendo o judiciário reconhecê-lo para gerar efeitos para o futuro. Caso o desvio persista, deverá o servidor buscar os mecanismos legais para a correção da ilegalidade. A implantação das diferenças salariais, enquanto perdurar o desvio de função, consiste em indenizar fato ainda não ocorrido, o que se revela indevido. O art. 1ºf da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09, estabelece que “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização

monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.” logo, após a entrada em vigor da Lei, não podem mais incidir os juros de 0,5% ao mês, devendo os juros moratórios serem aplicados com base na caderneta de poupança.” (TJPB; AC 0047135-79.2010.815.2001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 14/07/2014; Pág. 12)

Vistos, etc.

Trata-se de **Remessa Oficial e Apelação Cível** interposta pelo **Estado da Paraíba** em face da sentença de fls. 46/53, proferida nos autos da ação de cobrança ajuizada por **Francisco Herlandes de Farias**, que julgou procedente o pedido, para condenar o promovido a pagar ao autor os vencimentos de acordo com aqueles pagos aos funcionários que exercem a mesma função, enquanto o autor figurar na função de agente penitenciário, bem como a pagar a diferença entre a remuneração recebida (vencimento + gratificações) e a remuneração do cargo de agente penitenciário (vencimento + gratificações), incidindo sobre este todos os direitos, adicionais e vantagens pessoais inerentes ao autor, durante o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, com juros de 0,5% (meio por cento) e correção monetária pelo INPC. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O apelante, em suas razões recursais de fls. 54/62, alega a prejudicial de prescrição bienal e, no mérito, assegura ser vedado o enquadramento do apelado em cargo diverso daquele para o qual foi admitido no serviço público, dessa forma, indevido o pagamento das diferenças salariais.

Contrarrazões às fls. 65/69.

A Doutra Procuradoria de Justiça emitiu o parecer de fls. 77/83, opinando pela rejeição da prejudicial, no entanto, sem manifestação de mérito, porquanto ausente interesse que recomende sua intervenção.

É o relatório.

Decido.

I) DA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO:

O Estado da Paraíba, ora recorrente, alega prescrição bienal, nos termos do art. 206, § 2º do Código Civil, entendendo que se trata de prestação alimentar (*Art. 206. Prescreve: (...) § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem*).

Ocorre que, **o caso em tela trata de obrigação de trato sucessivo**, cujo prazo prescricional se renova mês a mês, assim, não há que se falar em prescrição bienal, sendo a hipótese de prescrição quinquenal, tendo em vista que a Fazenda Pública é devedora.

É o caso de incidência da súmula 85 do STJ, *in verbis*:

“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.”

pronunciou: Também defendendo a inexistência de prescrição, o STJ se

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 85/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidou o entendimento de que não incide a prescrição do fundo de direito nas ações em que se discute o adimplemento da gratificação especial a que se refere a Lei 6.371/93 do Estado do Rio Grande do Norte, por versar a hipótese sobre omissão do Poder Público local em pagar aos servidores o valor integral da referida verba, sendo, portanto, a relação de trato sucessivo, nos termos da Súmula 85/STJ.

Precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 59.237/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 06/12/2012; AgRg no REsp 1319543/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30/10/2012; AgRg no Resp 1307721/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/08/2012; AgRg nos EREsp 1141057/RN, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Terceira Seção, DJe 16/12/2011; AgRg no AREsp 33.841/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 28/10/2011; REsp 1190555/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 22/09/2010; AgRg nos EREsp 890541/RN, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008. 2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no Aresp 47416/RN – Rel.Min. Benedito Gonçalves – Primeira Turma – 30/04/2013).

Desta feita, inexistente prescrição bienal, no caso em tela.

II) Do mérito:

Nos termos da Súmula 490 do STJ, quando a sentença for ilíquida, deve ser conhecida a remessa.

***Súmula 490** - A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a **sentenças ilíquidas**.*

Portanto, **conheço da remessa oficial.**

O promovente assegurou que, desde 01 de junho de 1998, exerce o cargo de agente penitenciário, contudo, não recebe as gratificações inerentes ao cargo exercido, nesses termos, ingressou com a presente ação pleiteando as diferenças remuneratórias não recebidas entre a função que exerce e o cargo que ocupa.

Para fazer prova do alegado, juntou os documentos de fls. 15/26.

O magistrado *a quo*, a seu turno, julgou procedente o pedido,

para condenar o promovido a pagar ao autor os vencimentos de acordo com aqueles pagos aos funcionários que exercem a mesma função, enquanto o autor figurar na função de agente penitenciário, bem como a pagar a diferença entre a remuneração recebida (vencimento + gratificações) e a remuneração do cargo de agente penitenciário (vencimento + gratificações), incidindo sobre este todos os direitos, adicionais e vantagens pessoais inerentes ao autor, durante o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, com juros de 0,5% (meio por cento) e correção monetária pelo INPC. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Pois bem.

Sabe-se que, nos termos da Súmula 339 do STF, o Judiciário não pode efetuar o reenquadramento do servidor sem prévio concurso público, mas, no presente caso, houve apenas o reconhecimento do desvio de função, compelindo-se o Estado da Paraíba a efetuar o pagamento da diferença devida a seu servidor, sob pena de enriquecimento ilícito.

O STF e STJ já se pronunciaram sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 375/STJ. 1. **Jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a ocorrência de desvio de função por servidor público, importa no reconhecimento do direito às diferenças salariais decorrentes. Entendimento ratificado pela Terceira Seção do STJ, ao editar a Súmula n. 378/STJ, in verbis: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes"**. 2. Recurso especial provido. (REsp 1249455/ PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011)

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.** Precedentes. II. - A análise dos reflexos decorrentes do recebimento da indenização cabe ao juízo de execução. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Agravo não provido. (RE 486184 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 16-02-2007 PP-00047 EMENT VOL-02264-09 PP- 01812).

Há, inclusive, a súmula 378 do STJ, que menciona:

Súmula nº 378

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

Desse modo, resta ao promovente, tão-somente, o direito ao recebimento das diferenças salariais, respeitada a prescrição quinquenal.

Nesse sentido, cite-se a jurisprudência do TJPB:

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. (destaquei) O que se depreende do julgado em destaque é que a Administração Pública não se pode locupletar do labor de um dos seus servidores, sendo este o motivo de admissibilidade do pagamento de diferença salarial de funcionário desviado de função. Neste sentido, cite-se o seguinte julgado deste egrégio Tribunal de Justiça: APELAÇÃO CÍVEL. Servidor público. **Autora aprovada em certame no cargo de merendeira que exerce a atividade de professora. Desvio de função c/c diferença salarial. Restituição apenas da diferença pretérita, respeitado o período prescricional. Impossibilidade de enquadramento sem prévio concurso público. Entendimento firmado nos tribunais superiores reforma da sentença de improcedência. Provimento parcial do recurso apela- tório. A jurisprudência dos tribunais superiores já está sedimentada no sentido de ser admissível o pagamento das diferenças salariais ao servidor público desviado da função para a qual foi originariamente designado. O exercício de cargo em desvio de função não gera direito além daqueles inerentes ao cargo para qual foi nomeado, não podendo tais diferenças serem implantadas no contracheque do servidor, constituindo forma indireta de reenquadramento. No caso, cabe ao servidor tão-somente o pagamento das diferenças salariais correspondentes aos últimos 5 (cinco) anos, a título de indenização.** (TJPB; APL 0000101-31.2015.815.0321; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides; DJPB 27/04/2016; Pág. 15)

AGRAVO INTERNO. Ação de obrigação de fazer c/ c cobrança de diferenças salariais. Decisão que deu provimento parcial à apelação cível. Irresignação. Exercício do cargo de agente de segurança penitenciária por prestador de serviços gerais. Alegação pela edibilidade de inexistência de provas do desvio de função. Fato incontroverso. Comprovação pelo autor ora recorrido. Indenização consistente na equiparação de vencimentos. Possibilidade. Súmula nº 378 do Superior Tribunal de Justiça. Não configuração de reenquadramento. Impossibilidade de implantação das diferenças salariais enquanto perdurar o desvio de função. Juros de mora com base na caderneta de poupança. Inteligência do art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09. Reforma do decisum quanto a esse ponto. Provimento parcial do recurso. **Em que pesem as alegações da**

edilidade quanto à inexistência de provas do desvio de função, estas não devem prosperar, pois, em momento algum, o estado questionou, com precisão, a existência do desvio de função, o que se tornou fato incontroverso, nos termos do art. 302, in fine, c/c art. 334, III, ambos do CPC. Ademais, o recorrido trouxe aos autos documentos que comprovaram a sua atuação como agente penitenciário, mas com vencimentos de simples prestador de serviços, com ganhos em valores bem inferiores. Segundo a Súmula nº 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 a decisão em reenquadramento funcional. O desvio de função é ato ilícito, não podendo o judiciário reconhecê-lo para gerar efeitos para o futuro. Caso o desvio persista, deverá o servidor buscar os mecanismos legais para a correção da ilegalidade. A implantação das diferenças salariais, enquanto perdurar o desvio de função, consiste em indenizar fato ainda não ocorrido, o que se revela indevido. O art. 1ºf da Lei nº 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09, estabelece que “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.” logo, após a entrada em vigor da Lei, não podem mais incidir os juros de 0,5% ao mês, devendo os juros moratórios serem aplicados com base na caderneta de poupança. (TJPB; AC 0047135-79.2010.815.2001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 14/07/2014; Pág. 12)

Por fim, com relação aos juros de mora, o magistrado *a quo* aplicou juros de mora de 0,5% ao mês e correção monetária pelo INPC. Acontece que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 disciplinou a forma como seriam aplicados os juros e a atualização monetária nas condenações em face da Fazenda Pública.

O art. 5º da Lei 11.960/2009 deu nova redação ao citado dispositivo, nos termos seguintes:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”

Ao julgar as ADIns 4.425/DF e 4.357/DF, em 11/03/2013 o STF declarou a inconstitucionalidade do §12, art. 100 da CF (declaração de inconstitucionalidade com redução do texto) dos trechos “independentemente de sua natureza” e “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, remanescendo o restante. Como consequência das parciais declarações de inconstitucionalidade do § 12 do art. 100 da CF foi reconhecida a inconstitucionalidade também do art. 5º da lei 11.960/09, que conferiu nova redação ao art. 1º-F da lei 9.494/97, eis que a norma infraconstitucional previa a atualização monetária vinculada

aos índices oficiais de renumeração da poupança. Contudo, o STF não conferiu a modulação de seus efeitos, vindo a fazê-la somente em 25/03/2015, em que foi dada eficácia prospectiva a decisão, vale dizer, a inaplicabilidade dos dispositivos citados se deu a partir daquela data para frente, convalidando os precatórios expedidos.

Em resumo, 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 os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.

Importa, ainda, ressaltar que mesmo para valores discutidos em fase de conhecimento ou execução, ainda não convertidos em precatório, face a explícita inconstitucionalidade declarada por arrastamento ao art.1-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09, aplica-se o IPCA-E após a modulação dos efeitos realizadas em 25.03.2016. Neste sentido, necessária a retificação da decisão neste aspecto, ressaltando para a possibilidade de modificação dos juros de mora e correção monetária sem que se configure a *reformatio in pejus*, haja vista que são consectários legais da condenação e matérias de ordem pública.

Ante todo o exposto, nos termos do art. 932, V, “a”, do NCPC, rejeito a prejudicial de prescrição e, no mérito, **CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA e DOU PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS**, apenas para reformar a sentença no tocante aos juros de mora e correção monetária, no sentido de aplicar o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), conforme a Emenda Constitucional nº 62/2009, até **25.03.2015**, data após a qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

P.I.

João Pessoa, 04 de junho de 2018.

Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides
Relator