



Poder Judiciário do Estado da Paraíba
Tribunal de Justiça
Gabinete da Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO N. 0022397-22.2013.815.2001

ORIGEM: 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

RELATOR: Juiz Ricardo Vital de Almeida, convocado para substituir a Desª Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

APELANTE: Estado da Paraíba

PROCURADORA: Fernanda Bezerra Bessa Granja

APELADO: Geraldo Alves Flôr

ADVOGADO: José Marconi Gonçalves de Carvalho Jr. (OAB/PB 12.026)

REMETENTE: Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital

PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE NATUREZA SUCESSIVA. SÚMULA N. 85 DO STJ. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. OBSERVÂNCIA PELO MAGISTRADO *A QUO*. REJEIÇÃO.

1) Os servidores públicos têm o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a cobrança de diferenças salariais, consoante comando do art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Tratando-se de relação de natureza sucessiva, a prescrição somente atinge as prestações periódicas, mas não o fundo de direito, conforme a Súmula 85 do STJ.

2) Rejeição da prefacial.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. PERFURADOR EXERCENDO A FUNÇÃO DE DIAGRAMADOR. PROMOÇÃO DE ISONOMIA SALARIAL. DESCABIMENTO. NÃO INFRINGÊNCIA À SÚMULA 339 DO STF OU A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS. NECESSIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO EM DETRIMENTO DO SERVIDOR. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 378 DO STJ. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS

ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO NA PROPORÇÃO DO DECAIMENTO DAS PARTES. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ADEQUAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO.

1) 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 o caso de promoção de isonomia salarial.

2) Consoante a Súmula n. 378 do Superior Tribunal de Justiça, "reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes."

3) "A implantação das diferenças salariais, enquanto perdurar o desvio de função, consiste em indenizar fato ainda não ocorrido, o que se revela indevido." (TJPB, Decisão Monocrática na Apelação Cível n. 0047135-79.2010.815.2001, Relator: Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, DJPB 04.04.2014).

4) A diferença salarial "não pode ser implantada no contracheque enquanto perdurar o desvio de função, sob pena chancela da ilegalidade do ato e concessão de aumento de vencimento com fundamento em isonomia, o que é vedado pela Súmula Vinculante nº 37 do STF." (TJPB, Agravo n. 0044159-02.2010.815.2001, Rel. Des. José Aurélio da Cruz, 3ª Câmara Cível, DJPB 21.01.2015).

5) "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." (TJPB, Apelação Cível n. 0047135-79.2010.815.2001, Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, 2ª Câmara Cível, DJPB 14.07.2014).

6) *In casu*, ocorreu a chamada sucumbência recíproca. Nos termos da Súmula 306 do STJ, "em caso de sucumbência recíproca, esta Corte entende que os honorários advocatícios devem ser compensados na proporção do decaimento das partes."

7) STJ: "A Primeira Seção/STJ [...], levando em consideração o entendimento firmado no julgamento da ADI 4.357/DF (acórdão pendente de publicação), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à

caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, no que concerne ao período posterior à sua vigência; já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADI 4357/DF), deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período". (AgRg no REsp 1388941/PR, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª TURMA, julgado em 04/02/2014).

8) Provimento parcial do apelo e do reexame necessário.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos.

ACORDA a Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, rejeitar a prejudicial de prescrição e, no mérito, dar provimento parcial ao reexame necessário e à apelação.**

Trata-se de apelação cível e reexame necessário da sentença (f. 49/56) do Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por GERALDO ALVES FLÔR em face do ESTADO DA PARAÍBA, julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

(...) determinar ao réu o pagamento ao autor de vencimentos de acordo com àqueles pagos aos funcionários que exercem a mesma função, enquanto o autor figurar na função de Diagramador, bem como pagar a diferença entre a remuneração (vencimento+gratificações) do cargo de Perfurador e a remuneração (vencimento+gratificações) do cargo de Diagramador, incidindo sobre este, todos os direitos, adicionais e vantagens pessoais inerentes ao Autor(a), durante o quinquênio anterior à data do ajuizamento desta ação, devidamente atualizado pelo INPC + 0,5%, além de condenação em verba honorária na ordem de 10% (dez por cento) sobre o montante apurado, considerando o preceituado pelo § 4º do art. 20 do CPC. (sic, f. 56).

O ESTADO DA PARAÍBA (réu), nas razões apelatórias (f. 57/65), arguiu, preliminarmente, a prescrição quinquenal, e, no mérito, trouxe a lume as seguintes teses: **(1)** inexistência do direito ao enquadramento, porquanto, uma vez admitido sem concurso público, é impossível o enquadramento do autor em cargo diverso, o que é justamente a pretensão inicial, formulada no sentido de "receber os vencimentos iguais aos que exercem as mesmas funções"; **(2)** ausência do direito à percepção das diferenças de vencimentos, aplicando-se ao caso a Súmula 339 do STF; **(3)** os honorários advocatícios foram fixados em patamar exorbitante.

Pugnou, ao final, pelo provimento da apelação, para que seja acolhida a prescrição e julgado improcedente o pedido inicial, aplicando-se a inversão do ônus da sucumbência.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 67/75).

Os autos também aportaram nesta instância para o reexame necessário.

Parecer Ministerial sem opinar sobre o mérito recursal (f. 79/82).

É o relatório.

**VOTO: Juiz Convocado RICARDO VITAL DE ALMEIDA
Relator**

De início, é mister tecer alguns comentários acerca da vigência e da aplicabilidade da novel norma processual civilista.

É cediço que, em regra, o Novo Código de Processo Civil será aplicado desde logo aos processos pendentes, nos termos do seu artigo 1.046. Contudo tal norma deve ser interpretada também à luz do Direito Intertemporal, respeitando-se o ato jurídico processual perfeito e o direito subjetivo processual das partes.

Sendo assim, é inaplicável o NCPC a este caso, ante o Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016, *in verbis*:

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.¹

Dito isso, verifico que a decisão ora recorrida foi publicada sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, de acordo com os termos dispostos no Código de Processo Civil de 1973, conheço do apelo e do reexame, passando à análise das razões recursais.

PREJUDICIAL DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO.

¹ AgInt no AREsp 871.074/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 02/06/2016.

Anteriormente ao mérito, cumpre apreciar a prescrição de fundo do direito, suscitada pelo Estado da Paraíba, que, em caráter eventual, requereu a aplicação da prescrição quinquenal.

Não assiste razão ao apelante em relação à prescrição do fundo de direito.

Na verdade, os servidores públicos têm o prazo prescricional de **05 (cinco) anos** para a cobrança de verbas salariais, conforme previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, adiante transcrito:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em **(cinco) anos**, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Tratando-se de **relação de natureza sucessiva**, a prescrição somente atinge as prestações periódicas, mas não o fundo de direito, conforme a Súmula 85 do STJ, que assim dispõe:

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.

Destaco julgados desta Corte de Justiça acerca do tema:

REMESSA OFICIAL. REVISIONAL DE PROVENTOS. POLICIAL MILITAR. DESCONGELAMENTO DE ANUÊNIOS. INAPLICABILIDADE DA LC Nº 50/2003. PROCEDÊNCIA PARCIAL. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. REJEIÇÃO. MATÉRIA DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA Nº 85, DO STJ. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. POLICIAL MILITAR NÃO ALCANÇADO PELA RESTRIÇÃO CONTIDA NO ART. 2º, DA LC Nº50/2003. DESPROVIMENTO. **Sendo a matéria aventada nos autos de trato sucessivo, segundo o qual, o dano se renova a cada mês, afasta-se a aplicação do instituto da prescrição sobre o fundo de direito.** Diante da ausência de previsão expressa no art. 2º, da LC nº 50/2003, quanto a sua aplicação em relação aos militares, é indevido o congelamento dos anuênios da referida categoria de trabalhadores com base em tal dispositivo. Não sendo os anuênios alcançados pelo congelamento, devem ser pagos sobre a remuneração ou proventos percebidos pelo policial militar. Inteligência do art. 2º, parágrafo único, da Lei complementar nº 50/2003. (tjpb. RO nº 200.2011.011161-0/001. Rel. Des. João alves da Silva. J. Em 14/06/2012.).²

² TJ-PB; Proc. 200.2012.071.348-8/001; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel^a Des^a Maria das Graças Morais Guedes; DJPB 16/01/2013; Pág. 9.

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DA REMUNERAÇÃO DE MILITAR EM ATIVIDADE. ANUÊNIO. PRETENSÃO RECURSAL DE CONGELAMENTO DA VERBA REMUNERATÓRIA A PARTIR DA LC ESTADUAL Nº 50/2003. IMPOSSIBILIDADE. CONGELAMENTO QUE OCORREU APENAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 185/12 CONVERTIDA NA LEI Nº 9.703/2012. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DENEGAÇÃO. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. APLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 85/STJ. APELADO QUE FAZ JUS AO PERCENTUAL DE 19% (DEZENOVE POR CENTO) SOBRE O SOLDADO A TÍTULO DE ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARBITRAMENTO COM RESPEITO AO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. MANUTENÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA E DA APELAÇÃO. Na linha da jurisprudência deste tribunal, o art. 2º, parágrafo único, da LC 50/03 não se aplica aos militares, mas apenas aos servidores públicos civis. Sem embargo, a medida provisória nº 185/2012, convertida na Lei estadual nº 9.713/12, congelou o percentual do adicional por tempo de serviço dos militares a partir de 25 de janeiro de 2012, data de sua publicação. Provado que o militar, de acordo com o ordenamento jurídico estadual, possui direito a perceber adicional por tempo de serviço no percentual de 19% (dezenove por cento) sobre o seu soldo, impõe-se-lhe reconhecer referido direito. **Tratando de relação jurídica continuada, não há que se cogitar na prescrição do fundo de direito. Nessas hipóteses, aplica-se a Súmula nº 85 do STJ: 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.** Observando-se que os honorários de sucumbência, fixados contra a Fazenda Pública, quedam-se adequados, pois em consonância com o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, denega-se a pretensão de redução da verba honorária.³

Nesse viés, na espécie, **a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, ressalva que foi devidamente observada pelo magistrado a quo no édito condenatório.**

Por tais motivos, **rejeito a prejudicial de prescrição.**

MÉRITO RECURSAL:

GERALDO ALVEZ FLÔR ajuizou ação ordinária, alegando que ingressou no serviço público antes da promulgação da Constituição de 1988, sendo lotado na Secretaria de Comunicação Social do Estado da Paraíba, exercendo atualmente suas funções junto ao Ministério Público deste Estado.

³ TJ-PB; Proc. 200.2012.002132-0/001; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos; DJPB 09/01/2013; Pág. 9.

Asseverou que, apesar de ter sido contratado para exercer a função de Perfurador, há mais de 10 (dez) anos desempenha função diversa, prestando serviços como Diagramador, desde a criação do cargo pela Lei Estadual n. 5.250, de 03 de abril de 1990, o que lhe confere o direito de perceber o mesmo vencimento pago aos que ocupam esse último cargo.

Propugnando a aplicação da Súmula n. 378 do STJ, requereu que seja reconhecido o desvio de função e determinada a equiparação salarial, acrescida do pagamento das diferenças salariais, devidas em razão do que percebeu a menor, levando-se em consideração os salários de Perfurador e Diagramador.

Na sentença, o insigne juiz de base acolheu os seguintes pleitos:

- (1) pagamento ao autor dos vencimentos, de acordo com aqueles pagos aos funcionários que exercem a mesma função, enquanto aquele figurar na função de Diagramador;
- (2) pagamento da diferença entre as remunerações do cargo de Perfurador e Diagramador, durante o quinquênio anterior à data do ajuizamento da ação, devidamente atualizado pelo INPC + 0,5%;
- (3) condenação em verba honorária na ordem de 10% (dez por cento) sobre o montante apurado, considerando o preceituado pelo §4º do art. 20 do CPC.

O caso em tela revela **desvio de função**. Conforme se percebe das declarações encartadas aos autos (f. 13, 14 e 17), o apelado é lotado na Secretaria de Estado de Comunicação Institucional da Paraíba, prestando serviços no Ministério Público deste Estado como **Diagramador**, função exercida há mais de 10 (dez) anos (f. 13).

DA 1ª PARTE DA CONDENAÇÃO - Pagamento dos vencimentos de Diagramador, enquanto permanecer no exercício da função.

Segundo pacífica jurisprudência desta Corte de Justiça, **é impossível determinar o pagamento da diferença salarial enquanto perdurar o desvio funcional**.

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. Todavia o Judiciário nunca poderá reconhecer sua manutenção para o futuro, deferindo desde já a equiparação salarial em decorrência da persistência de uma ilegalidade.

Cito precedentes nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SENTENÇA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA POR PRESTADOR DE SERVIÇOS GERAIS. INDENIZAÇÃO CONSISTENTE NA EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REENQUADRAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO. - 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 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.** - Vistos. DECIDO: Ante o exposto, conheço do recurso e DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, mantendo a decisão de primeiro grau em todos os seus termos, com exceção da implantação das diferenças salariais para o futuro, enquanto perdurar o desvio de função.⁴

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Ação Ordinária de OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c COBRANÇA DAS Diferenças Salariais. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. SEGUIMENTO NEGADO MONOCRATICAMENTE. AGRAVO INTERNO. (1) PEDIDO DE PAGAMENTO RETROATIVO DA DIFERENÇA SALARIAL. DOCUMENTOS CONFECCIONADOS NO ÂMBITO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DIREITO À EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Súmula Nº 378 do STJ. (2) PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DA DIFERENÇA NO CONTRACHEQUE, ENQUANTO DURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE/STF nº 37. REFORMA DA DECISÃO. Redistribuição dos ônus sucumbenciais em razão da sucumbência recíproca. PROVIMENTO PARCIAL DO AGRAVO INTERNO. 1. Restando comprovado o desvio de função, inclusive por documentos confeccionados pela própria Administração Pública e não contestados nos autos, o servidor tem direito a receber a diferença salarial do período

⁴ TJPB, Decisão Monocrática na Apelação Cível n. 0047135-79.2010.815.2001, Relator: Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, DJPB 04.04.2014.

trabalhado e não atingido pela prescrição quinquenal, nos termos da Súmula 378 do STJ que assim dispõe: “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”. 2. Todavia, ao contrário do que restou decidido na sentença, **essa diferença não pode ser implantada no contracheque enquanto perdurar o desvio de função, sob pena chancela da ilegalidade do ato e concessão de aumento de vencimento com fundamento em isonomia, o que é vedado pela Súmula Vinculante nº 37 do STF (“não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”)**. 3. Assim sendo, o julgado deve ser reformado para afastar a condenação de implantação das diferenças no contracheque do autor/apelado, pelo que a remessa e apelo devem ser parcialmente providos. 4. Estando configurada a sucumbência recíproca entre os contentores, e não sendo o caso do parágrafo único do art. 21 do CPC (parte mínima do pedido), necessária a redistribuição proporcional dos ônus. ACORDAM os integrantes da Terceira Câmara Cível, por maioria, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator e da certidão de julgamento de fls. 120. Pelo exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO INTERNO, reformando a decisão monocrática, para julgar parcialmente procedente a ação ordinária e AFASTAR A CONDENAÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA.⁵

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 EDILIDADE DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO DESVIO DE FUNÇÃO. FATO INCONTROVERSO. COMPROVAÇÃO PELO AUTOR ORA RECORRIDO. INDENIZAÇÃO CONSISTENTE NA EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 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 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 378 do STJ, “reconhecido o desvio de

⁵ TJPB, Agravo n. 0044159-02.2010.815.2001, Rel. Des. José Aurélio da Cruz, 3ª Câmara Cível, DJPB 21.01.2015.

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 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.⁶

Dessa forma, a sentença merece retoque nesse aspecto, uma vez que a diferença salarial não pode ser implantada no contracheque enquanto perdurar o desvio de função, sob pena de chancela da ilegalidade do ato e concessão de aumento de vencimento com fundamento em isonomia, o que é vedado pela Súmula Vinculante n. 37 do STF.⁷

2ª PARTE DA CONDENAÇÃO: Pagamento retroativo das diferenças salariais, respeitado o quinquênio anterior à propositura da demanda.

O exercício de cargo em desvio de função **não gera direito** à implantação das diferenças salariais no contracheque do servidor, enquanto perdurar o exercício da função, pois constitui forma indireta de reenquadramento.

Contudo o servidor faz jus ao pagamento das diferenças salariais correspondentes aos últimos 5 (cinco) anos, a título de indenização.

Ao contrário do que faz crer o recorrente, **aqui não se discute o reenquadramento do servidor**, mas o fato de ele desempenhar atividade diversa (Diagramador) da função para o qual foi contratado (Perfurador), sem que receba a diferença salarial correspondente.

⁶ TJPB, Apelação Cível n. 0047135-79.2010.815.2001, Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, 2ª Câmara Cível, DJPB 14.07.2014.

⁷ "Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia".

A manutenção da sentença não representa promoção, pelo Judiciário, de isonomia salarial, em confronto com a Constituição Federal e a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal.⁸

Na verdade, o **apelado faz jus à diferença salarial**, em face do desvio de função, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Destarte, não vislumbro a hipótese de isonomia salarial, até porque o referido princípio foi expressamente revogado pela Emenda Constitucional 19/98, que modificou o art. 39, §1º.

Nesse contexto, é pertinente o comentário do Professor José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

O princípio da isonomia remuneratória, anteriormente prevista no art. 39, § 1º, da CF, estabelecia que fariam jus à igualdade de vencimentos os servidores da administração direta que ocupassem cargos de atribuições iguais ou cargos assemelhados de um mesmo Poder ou entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvando apenas as vantagens de caráter individual e as concernentes à natureza ou ao local de trabalho. A intenção do Constituinte foi a de evitar as disparidades remuneratórias entre cargos idênticos, situados em estruturas funcionais diversas. Em outras palavras, o assistente social do Poder Executivo deveria perceber a mesma remuneração que o assistente social do Poder Judiciário ou Legislativo.⁹

Na mesma obra, mais adiante, arremata: “Por essa razão é que o princípio da isonomia foi extinto pela EC 19/98, que implantou a reforma administrativa do Estado”.

Em suma, o cerne da questão não é o reenquadramento, o que, de fato, é vedado pela Constituição Federal (art. 37, II), ou mesmo promoção de isonomia, **mas o reconhecimento do desvio de função**, como, de fato, vem acontecendo, compelindo-se o Estado da Paraíba a efetuar o pagamento da diferença salarial devida ao seu servidor.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou¹⁰ a matéria.

Intolerável, por ser abusivo e irregular, é a Administração, por mero capricho ou quiçá necessidade, designar um de seus servidores para exercer ofício diverso daquele para o qual foi nomeado, sem proporcionar-lhe o salário compatível com a referida atividade.

⁸ SÚMULA 339-STF: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de Isonomia.

⁹ *In* Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. 17ª ed. revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007. p. 631.

¹⁰ Súmula n. 378 do Superior Tribunal de Justiça, “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes.”

Segue precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

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.¹¹

O que se depreende do julgado acima é que a Administração Pública **não pode** locupletar-se do labor dos seus servidores, sendo esse o motivo de admissibilidade do pagamento de diferença salarial em caso de servidor em desvio de função.

Na realidade, tal prática revela o desinteresse da Administração com a qualidade do serviço, ao postergar a realização de concursos públicos para o preenchimento de cargos vagos em categorias especializadas. Assim, o mínimo que se pode garantir ao servidor, em tais situações, é o direito à diferença salarial.

Trago julgados desta Corte de Justiça em situações semelhantes:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA DE DIFERENÇAS SALARIAIS. SENTENÇA JULGADA PROCEDENTE. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DO CARGO DE AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. INDENIZAÇÃO CONSISTENTE NA EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 378 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REENQUADRAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS ENQUANTO PERDURAR O DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO. - Segundo o Enunciado nº 378 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "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.** 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. [...].¹²

¹¹ REsp 619058/RS – Recurso Especial n. 2003/0224934-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128). Quinta Turma (T5). Julgamento: 15/03/2007. Publicação: DJ 23.04.2007 p. 291.

ADMINISTRATIVO - Reexame necessário e apelação cível - Ação de obrigação de fazer c/c cobrança de diferenças salariais - Servidor público estadual - Desvio de função - Comprovação - Direito a percepção, a título de indenização, da diferença de remuneração entre o cargo ocupado e a função efetivamente exercida - Impossibilidade de equiparação - Provimento parcial. - **A Administração não pode se locupletar do labor de um de seus servidores, impondo-se, assim, a manutenção da condenação do Estado da Paraíba, em razão do desvio de função, ao pagamento das diferenças salariais.** - Reconhecido o desvio de função, somente é possível o pagamento das diferenças a título de indenização, sem que jamais possa haver a equiparação de servidor em outro cargo público.¹³

Conquanto o Estado da Paraíba faça referência à Súmula 339 do STF, entendo que, **neste caso, o Judiciário não promove isonomia salarial**, mas, provocado pelo jurisdicionado, não pode calar-se diante de uma flagrante irregularidade, em detrimento do servidor desviado da função originária.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento análogo, entendeu que é inaplicável a Súmula 339 do STF, *in verbis*:

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.¹⁴

O Supremo Tribunal Federal, editor da mencionada Súmula 339, propugna o mesmo posicionamento, conforme se depreende dos seguintes acórdãos:

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. Decisão: A Turma

12 ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo n. 0024654-88.2011.815.2001, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, julgado em 17-11-2015.

13 ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo n. 0044924-36.2011.815.2001, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS, julgado em 22-09-2015.

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

converteu os embargos de declaração no recurso extraordinário em agravo regimental no recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime.¹⁵

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE 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.¹⁶

Quantos aos **honorários sucumbenciais**, o apelante disse que foram fixados em patamar exorbitante.

Não assiste razão ao apelante, uma vez que o magistrado singular estabeleceu a verba honorária na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ou seja, tomou por base o percentual mínimo, sendo desprovido de fundamento o pedido de reforma de honorários.

Ademais, com base nas disposições contidas no Código de Processo Civil de 1973, diploma aplicável pelo juiz prolator da sentença, a hipótese de tomar-se por base um valor fixo, quando vencida a Fazenda Pública, para efeito de condenação em honorários advocatícios, consistia em faculdade conferida ao julgador, e não uma imposição, sendo cabível a fixação de percentual.

Sendo assim, mantenho o percentual fixado pelo magistrado de base, a título de honorários advocatícios.

Por outro lado, é forçoso reconhecer, *in casu*, a **sucumbência recíproca**, uma vez que ambas as partes formam vencedoras e vencidas.

Nos termos da Súmula 306 do STJ, "em caso de sucumbência recíproca, esta Corte entende que os honorários advocatícios devem ser compensados na proporção do decaimento das partes."

¹⁵ RE-ED 486184/SP. Emb.Decl. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento:12/12/2006. Primeira Turma do STF. Publicação: DJ 16-02-2007 PP-00047.

¹⁶ RE-AgR433578/DF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 13/06/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma – STF. Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00047.

Ainda conforme preceitua o art. 86 do CPC/2015, “se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”.

Dessa forma, nesse aspecto também merece reforma a sentença hostilizada, para que seja reconhecida a sucumbência recíproca e sejam proporcionalmente distribuídas as despesas entre as partes.

Por fim, os **juros moratórios e a correção monetária** merecem adequação.

Tomando por base o entendimento firmado pelo Colendo STJ (AgRg no REsp 1388941/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª TURMA, 04/02/2014), com relação ao índice aplicado, por tratar-se de condenação imposta à Fazenda Pública, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, no que concerne ao período posterior à sua vigência.

No que pertine à correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09 (ADI 4357/DF), deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

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

Em síntese, fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional n. 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.

É de bom alvitre ressaltar que, mesmo para valores discutidos em fase de conhecimento ou execução, ainda não convertidos em precatório, face à explícita inconstitucionalidade declarada por arrastamento ao art.1-F da Lei n. 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, realizada em 25/03/2016.

Nesse sentido, é necessária a retificação da decisão nesse aspecto, ressaltando a possibilidade de modificação dos juros de mora e da correção monetária sem que se configure *reformatio in pejus*, haja vista que são consectários legais da condenação e matérias de ordem pública.

Diante do exposto, **rejeito a prejudicial de prescrição e, no mérito, dou provimento parcial ao apelo e ao reexame necessário para:**

A) extirpar da sentença a condenação referente ao pagamento ao autor dos mesmos vencimentos pagos aos Diagramadores, enquanto permanecer no exercício da função;

B) reformar a sentença no tocante aos juros de mora e à correção monetária, no sentido de aplicar o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), conforme a Emenda Constitucional n. 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);

C) reconhecer a sucumbência recíproca, uma vez que, do veredicto, resultou que as partes foram vencidas e vencedoras, no mesmo grau, e determinar que sejam, entre elas, proporcionalmente distribuídas as despesas.

Custas processuais na mesma proporção para o autor e para o ente público, dispensada a cota deste por força do art. 29 da Lei Estadual n. 5.672/92¹⁷, observando-se, em relação àquele, a regra do art. 12 da Lei 1.060/50, por tratar-se de destinatário da gratuidade processual.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Desembargador **OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO**, que participou do julgamento com **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito Convocado, com jurisdição plena, em substituição à Excelentíssima Desembargadora MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA) e com o Excelentíssimo Doutor **MIGUEL DE BRITTO LYRA FILHO** (Juiz de Direito Convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Excelentíssimo Desembargador ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS).

Presente à Sessão a Excelentíssima Doutora **LÚCIA DE FÁTIMA MAIA DE FARIAS**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 21 de março de 2017.

Juiz Convocado RICARDO VITAL DE ALMEIDA
Relator

¹⁷ Art. 29. A Fazenda Pública, vencida, não está sujeita ao pagamento de custas, mas fica obrigada a ressarcir o valor das despesas feitas pela parte vencedora.