



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

DECISÃO MONOCRÁTICA

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0091916-21.2012.815.2001 — 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital

RELATOR : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides

APELANTE : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Delosmar Domingos de Mendonça Júnior

APELADO : José Wellington de Almeida e Silva

ADVOGADO : Francisco de Andrade Carneiro Neto

REMETENTE : Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO ORDINÁRIA — AGENTE PENITENCIÁRIO — DESVIO DE FUNÇÃO — PROCEDÊNCIA — IRRESIGNAÇÃO — RESTITUIÇÃO APENAS DA DIFERENÇA PRETÉRITA REFERENTE AOS ÚLTIMOS 05 ANOS — IMPOSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO NO CONTRACHEQUE — MODO INDIRETO DE REENQUADRAMENTO — INADMISSIBILIDADE — JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA — REFORMA — PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL.

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.

A partir de 30/6/2009 os juros de mora corresponderão aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/94, com redação dada pela Lei 11.960/09. 4 No que se refere à correção monetária sobre verba devida a servidor público, impõe-se o afastamento da redação dada pela Lei n. 11.960/09, conforme declaração de inconstitucionalidade parcial, proferida da ADI 4.357/DF e da ADI 4.425/DF, incidindo o IPCA, índice que melhor reflete a inflação no período. (STJ – AgRg no Resp 1424163/SP – Rel.Min. Og Fernandes – Segunda Turma – Dje 21/11/2014)

Vistos, etc.

Trata-se de Remessa Oficial e Apelação Cível interposta pelo Estado da Paraíba em face da sentença de fls. 36/38 que, nos autos da Ação de Cobrança c/c Obrigação de Fazer ajuizada por José Wellington de Almeida e Silva, julgou procedente o pedido inicial, condenando o Estado da Paraíba na implantação no contracheque do autor das verbas intituladas de “risco de vida” e “auxílio alimentação” pagos aos demais agentes penitenciários enquanto perdurar o exercício do cargo, bem como condenar a parte promovida ao pagamento retroativo das diferenças relativas ao período não alcançado pela prescrição quinquenal, com correção monetária e juros de mora.

Irresignado, o demandado apresentou recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença, para que sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na peça singular. (fls. 41/49)

Contrarrazões às fls. 51/55.

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando apenas pelo regular trâmite do processo, sem manifestação de mérito. (fls. 58/59)

É o relatório. Decido.

DA REMESSA NECESSÁRIA

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 e passo a julgá-la em conjunto com apelação cível.

DA APELAÇÃO

O promovente assegurou que desde 12 de abril de 2002 exerce o cargo de agente penitenciário, contudo, não recebe as gratificações inerentes ao cargo exercido.

Nesses termos, ingressou com a presente ação pugnando pela implantação em seus contracheques das gratificações de “risco de vida” e “auxílio alimentação” bem como o pagamento retroativo destas verbas, respeitada a prescrição quinquenal, devidamente atualizadas e com juros moratórios.

Na sentença, o magistrado julgou procedente o pedido inicial, condenando o Estado da Paraíba a implantar no contracheque do autor as verbas intituladas de “risco de vida” e “auxílio alimentação” pagos aos demais agentes penitenciários enquanto perdurar o exercício do cargo, bem como condenar a parte promovida ao pagamento retroativo das diferenças relativas ao período não alcançado pela prescrição quinquenal, com correção monetária e juros de mora.

Desta decisão o Estado da Paraíba apresentou recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na peça singular.

Pois bem.

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 não consiste em alocar o servidor em função para a qual não foi aprovado em 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, a qual afirma: "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia".

Em suma, o cerne da questão não é o reenquadramento sem prévio concurso público, o que, de fato, é vedado pela Constituição Federal; ou mesmo promoção de isonomia, mas o reconhecimento do desvio de função, como, de fato, vem acontecendo, compelindo-se o Estado da Paraíba a apenas efetuar o pagamento da diferença devida ao seu servidor.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou 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)

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.

Pela leitura dos autos, denota-se ter sido determinado na sentença a implantação da diferença salarial no contracheque do recorrido.

Registre-se que o fato do promovente exercer o mencionado cargo configurou desvio de função, porquanto é uma irregularidade administrativa, que gera ao servidor, tão-somente, direito às diferenças inerentes ao cargo ocupado, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, **devendo a sentença ser reformada no sentido da inadmissibilidade de implantação das diferenças salariais em seu contracheque**, sob pena de violar o comando da Súmula 339 do STF, que veda o Poder Judiciário de aumentar vencimentos dos servidores públicos.

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

Nesse sentido:

*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 Henrique de Sá e Benevides; DJPB 27/04/2016; Pág. 15)*

Por fim, o magistrado a quo aplicou correção monetária pelo IPCA desde a data do fato gerador e juros de mora em 0,5% ao mês a partir da citação até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, quando deverá incidir os juros aplicados à caderneta de poupança.

Acontece que 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 remuneração 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 CPC, **DOU PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS**, para excluir da condenação a implantação nos contracheques do demandante, bem como 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), mantendo a decisão nos demais termos.

P.I.

João Pessoa, 04 de julho de 2018.

Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides
Relator

