



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1003631-61.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Sistema Remuneratório e Benefícios**
 Requerente: **Rosalina de Fátima de Assis**
 Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

RELATÓRIO

ROSALINA DE FÁTIMA ASSIS propõe ação de conhecimento, pelo rito ordinário, contra **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** postulando, a título de indenização, o recebimento das diferenças salariais entre o cargo de Agente de Serviço Judiciário, que ocupa, e o cargo de Escrevente Técnico Judiciário, cujas funções vem desempenhando em desvio de função.

O réu foi citado e contestou (fls. 52/73), alegando; em preliminar de mérito, a prescrição das parcelas vencidas há mais de 3 anos contados da propositura da ação (art. 206, § 3º, IV e V, CC); que não houve desvio de função; inexistência do direito ao recebimento da diferença, mesmo que tenha havido desvio de função.

Houve réplica (fls. 102/123).

Veio aos autos informação prestada pelo Coordenador de Serviço da unidade judiciária em que a autora exerce suas atividades (fls. 128/130).

FUNDAMENTAÇÃO

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC, uma vez que a prova documental é a única adequada à solução da lide, impertinentes e desnecessárias as provas oral e pericial.

Tenha-se em mente, nesta seara, que a atividade do servidor público dá-se mediante a prática de atos que são diuturna e frequentemente formalizados e documentados, inclusive para possibilitar a expedição futura de certidões e para que seja dada a indispensável publicidade, ainda que *a posteriori*. O ato do agente público é, indistintamente, salvo algumas pontuais exceções, praticado por escrito. Logo, a prova documental, e somente a documental, poderia comprovar o desvio funcional.

A respeito da prescrição, o prazo prescricional não é o de 03 anos previsto no art. 206, § 3º, IV e V, CC, e sim o de 05 anos tratado no art. 1º do Decreto 20.910/32. A questão está solucionada, de modo definitivo, no E. STJ, consoante julgado proferido no sistema dos recursos repetitivos (REsp 1251993/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1ª-S, j. 12/12/2012).

Ingressa-se no mérito, que envolve questão pacificada.

O direito do servidor público ao recebimento das diferenças salariais, em caso de desvio de função, resta assegurado pela Súm. 378 do E. STJ: “reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes”.

O E. STF firmou a mesma posição: RE 486184 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ªT, j. 12/12/2006; AI 623260 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, 2ªT, j. 13/03/2007; RE 499898 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ªT, j. 26/06/2012.

Indiscutível o direito, pois negá-lo importaria em enriquecimento sem causa da Administração Pública que, provendo um determinado cargo, beneficia-se indevidamente com o efetivo exercício, pelo seu ocupante, de atribuições inerentes a cargo distinto e com remuneração



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

superior. Sob outra ótica, trata-se visivelmente de um ilícito administrativo, este de o superior determinar ou possibilitar que o servidor desempenhe, de fato, atribuições não pertinentes ao seu cargo, e sim a cargo de maior hierarquia, o que gera o dever de indenizar. O pleito indenizatório, então, encontra fundamento nas regras dos arts. 186, 925 e 884, todos do Código Civil.

Quanto ao caso concreto, verificamos pelo ofício de fls. 75/76 que as atividades da autora, antes e depois da Lei Complementar nº 1.111/2010, sempre corresponderam a funções que não exijam conhecimento técnico, como entrega de correspondências, colaboração no atendimento telefônico, aspectos operacionais de copa, recebimento, transporte, armazenamento, conservação e entrega de documentos, processos, livros, mobiliários, equipamentos e outros, além de auxílio em atividades da administração dos prédios.

Ora, os documentos de fls. 23, 31/32 (certidão de publicação de decisão no DJE), 28/29 (desarquivamento de autos), e, especialmente, o contido na informação de fls. 128/130, mostram que, até 16/07/2015, a autora exerceu habitualmente atividades inerentes ao cargo de escrevente técnico judiciário e certamente incompatíveis com as atribuições do seu, como a extinção de processos no sistema do TJSP com a minuta de decisões, digitação de MLJs, minutas de certidão de publicação no DJE, movimentação de petições, autuações de processos, auxílio no atendimento ao público.

O fato de algumas dessas atividades terem sido praticadas sob a supervisão de escreventes não afasta o desvio de função.

Sendo assim, as diferenças são devidas, embora apenas até 16/07/2015, data em que, segundo informado às fls. 128/130, cessou o desvio. Não além dela. Não há prova do dano, a partir dessa data. Sem o dano (que, como visto, deveria ter sido comprovado por documentos), não se fala em indenização.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação e CONDENO a parte ré a pagar à parte autora a diferença remuneratória entre o cargo de Agente de Serviço Judiciário, que ocupa, e o cargo de Escrevente Técnico Judiciário, no período entre 05 anos contados retroativamente a partir da propositura da ação, e 16/07/2015, incidindo atualização monetária a partir do vencimento correspondente a cada competência, e juros moratórios desde a citação em relação às competências vencidas até esse evento, e desde cada vencimento no tocante às que venceram após a citação. Tendo em vista que a autora decaiu de parte mínima do pedido, CONDENO a parte ré, ainda, em honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Quanto à correção, há duas possibilidades que reputo razoáveis.

Sabe-se que o STF, na ADI 4357 / DF, julgou inconstitucional o art. 1º da EC 62/09, na parte em que alterou a redação do § 12 do art. 100 da CF para estabelecer o índice de remuneração da caderneta de poupança (TR) para atualização monetária dos precatórios, e, por arrastamento, declarou também a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 que, alterando o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, estabeleceu o mesmo índice para a atualização do débito de qualquer natureza em condenações contra a fazenda pública.

O critério adotado, em substituição, foi (a) o IPCA-E, se o débito não tem origem tributária – incorporado na Tabela do TJSP para Débitos da Fazenda Pública - Modulada (b) o mesmo índice utilizado pela respectiva fazenda pública para seus créditos tributários, se o débito tem origem tributária.

Todavia, a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade relativa à emenda constitucional, ou seja, relativa aos precatórios, foi modulada, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, em sessão plenária realizada em 25/03/2015, mantendo-se a TR até 25.03.2015 e, a partir daí, o novo índice.

Sem embargo, a modulação dos efeitos gerou dúvida ainda não solucionada, sobre se a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

modulação deve alcançar também as condenações contra a fazenda pública.

Isso, possivelmente, será objeto de deliberação no REXt 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida, e que afetará o posicionamento do STJ, que, em sessão de 12/08/2015, resolveu questão de ordem no REsp 1.495.146, REsp 1.496.144 e REsp 1.492.221, submetidos ao regime do art. 543-C do CPC, para aguardar o julgamento do STF.

Há a possibilidade de se entender que, não tendo havido a modulação expressa em relação às condenações, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade – por arrastamento - do art. 5º da Lei nº 11.960/09 deve ser retroativa, pois esta é a regra geral no controle abstrato (eficácia ex tunc). Trata-se de resposta plausível ao problema.

Sem prejuízo, ousamos divergir. Partimos da premissa de que o silêncio do STF, na modulação, não foi deliberado, mas fruto de esquecimento, por sinal compreensível. Sobre esse ponto, cumpre rememorar que aquela ADIn dizia respeito à emenda dos precatórios, esse o tema que essencialmente ocupou os Ministros. Na verdade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 deu-se por arrastamento, foi questão reflexa que atingiu outras realidades para além dos precatórios, ponto olvidado na modulação.

Assentada a lacuna, parece-nos que a melhor resposta, a guardar equivalência com a modulação deliberada em relação aos precatórios, dá-se por integração analógica, almejando-se coerência e integridade no sistema. Isto porque a situação jurídica é equivalente e similar. Não observamos, com as vênias a entendimento distinto, fundamento jurídico para tratar de modo diferenciado credores da fazenda cujo único traço distintivo está no *status* procedimental de seu crédito - se já corporificado em precatório ou não -, circunstância que, por não ter relação alguma com a matéria alusiva à atualização monetária e o índice adequado, parece-nos não constituir *discrímen* pertinente para a desigualação. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Nesse sentido: TJSP, Ap. 0036815-85.2010.8.26.0053, Rel. Ricardo Dip, 11ª Câmara de Direito Público, j. 09/06/2015.

Assim, será adotada a Tabela do TJSP – Modulada.

Os juros moratórios serão os mesmos aplicados às cadernetas de poupança.

Transitada em julgada a decisão final, requisitar-se-á da parte ré, com prazo de 30 dias, o encaminhamento dos documentos e informações alusivos à remuneração percebida, mês a mês – pode ter havido reajustes no intervalo - pelos ocupantes de um cargo e pelos ocupantes do outro cargo, no período indicado na sentença (art. 475-B, § 1º, CPC); apresentados os documentos, o montante devido será calculado pela parte autora, por cálculo aritmético, não havendo necessidade de liquidação por arbitramento ou por artigos, instaurando-se de imediato o processo de execução contra a Fazenda Pública, nos mesmos autos.

P.R.I.

São Carlos, 13 de janeiro de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**