Consulta Processual/TJES

Não vale como certidão.

Processo : **0015186-70.2015.8.08.0024** Petição Inicial : **201500655625** Situação : **Tramitando**
Ação : **Procedimento Comum** Natureza : **Fazenda Estadual** Data de Ajuizamento: **18/05/2015**
Vara: **VITÓRIA - 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS,MEIO AMBIENTE E SAÚDE**

Distribuição
Data : **18/05/2015 16:47** Motivo : **Distribuição por sorteio**

Partes do Processo
Requerente
GILMAR DE MEIRELES PRATES
11293/ES - GUSTAVO BRAGATTO DAL PIAZ
GILVAN DE MEIRELLES PRATES
11293/ES - GUSTAVO BRAGATTO DAL PIAZ
Requerido
ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Juiz: SAYONARA COUTO BITTENCOURT

Sentença

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VITÓRIA - 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS,MEIO AMBIENTE E SAÚDE

Número do Processo: **0015186-70.2015.8.08.0024**
Requerente: **GILMAR DE MEIRELES PRATES, GILVAN DE MEIRELLES PRATES**
Requerido: **ESTADO DO ESPIRITO SANTO**

SENTENÇA

Cuida-se de demanda intitulada de "**Ação Ordinária com pedido liminar**" ajuizada por **GILMAR DE MEIRELES PRATES e GILVAN DE MEIRELES PRATES**, em face do **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, objetivando a condenação do Réu ao pagamento de forma indenizada das parcelas vencidas e vincendas das diferenças do salário da função de agente de polícia para a de investigador da polícia civil, com os devidos reflexos.

Afirmam os Autores que ocupam cargos de agente de polícia civil junto ao Estado do Espírito Santo e desde o exercício nos respectivos cargos estão em desvio de função até a publicação do Decreto que modificou as atribuições dos agentes de polícia civil.

Alegam que exerceram diversas atividades compatíveis com o cargo de investigador de polícia civil deste mesmo Estado.

Os requerentes prestaram concurso público para o cargo de agente de polícia

civil, todavia desde o início exerceram atividades de investigação policial, inicialmente com atribuições definidas no Decreto 3819-N /1995 modificado em dezembro de 2014 pelo Decreto 3729-R/2014.

Informam que o agente de polícia civil tinha como principais atribuições a guarda, escolta de presos e manutenção da carceragem dentro dos quadros da polícia civil, entretanto depois de mudanças na Administração, a maioria das funções dos agentes foram suprimidas.

Relatam que os agentes de polícia civil eram designados para cumprir as mesmas funções dos investigadores, recebendo remuneração diversa destes últimos.

Alegam que durante o período em que passaram a ocupar o cargo de agente de polícia, estiveram desviados de suas funções agindo como investigadores de polícia, elaborando relatórios de investigação policial, relatórios de cumprimento de mandados de busca e apreensão e outras diligências relacionadas à investigação criminal cumpridas por agentes da polícia civil.

Com a vigência do Decreto nº 3729-R de 18/12/2014, a Administração Pública definiu as novas atribuições do cargo de agente de polícia, entretanto deixou dois cargos com atribuições equivalentes, porém com remuneração diferenciada.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 25/390.

À fl. 391, foi proferido despacho intimando os autores para emendar à inicial.

À fl. 394, os autores quitaram as custas processuais.

À fl. 397, foi proferida decisão informando que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela será apreciado após estabelecido o contraditório.

Às fls. 400/416, o Estado do Espírito Santo apresentou contestação, alegando: a partir de 1995, com a edição do Decreto lei nº 3.819-N, também foi atribuído ao cargo de Agente de Polícia a função investigativa, bem como participar de operações policiais e missões afins; não há nos autos nenhuma prova de que os autores exerçam alguma atividade que não esteja dentro de suas atribuições; não há desvio de função; a admissão de pessoal na administração pública é regida pelo princípio do concurso público, cf. Art. 37, II, CRFB/88, que exige a aprovação prévia em concurso público de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público.

Oportunizada a réplica, os Autores repisaram os argumentos trazidos em peça de ingresso, refutando as teses defensivas (fls. 477/480).

Às fls. 511/513, o feito foi saneado e foi indeferido o pedido liminar constante de antecipação dos efeitos da tutela.

À fl. 514, o Estado do Espírito Santo informou que não tem interesse em produzir provas

À fl. 515, os autores informaram que desejam produzir prova documental suplementar e testemunhal.

Às fls. 559 e 570, termo de audiência.

As testemunhas foram ouvidas (fls. 560/561 e 571).

Às fls. 574/576, os autores apresentaram memoriais.

À fl. 579, o Estado do Espírito Santo reiterou os termos da Contestação, acrescentando que a parte autora não conseguiu provar o alegado na peça vestibular, resultando na total improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

I – Prejudicial de Mérito: Prescrição

Em suas alegações finais, o requerido pugna que seja declarada a prescrição das parcelas vencidas que ultrapassem os últimos cinco anos, na forma do artigo 1° do Decreto 20.910/32.

Pois bem, entendo que merece prosperar a prejudicial arguida, visto que deve prevalecer o prazo prescricional estabelecido no Decreto n° 20.910/32. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1° DO DECRETO 20.910/1932. [...] 2. **O prazo prescricional de Ação de Indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1° do Decreto 20.910/1932, norma que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".** 3. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1197876/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/03/2011).
>
> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA MÉDIA. SUICÍDIO.

> ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. [...] 2. **É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/1932, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial**. Precedentes: REsp 1.197.876/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/3/2011; AgRg no Ag 1.349.907/MS, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/2/2011; e REsp 1.100.761/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/03/2009. 3. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1106715/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

É forçoso reconhecer que a prescrição somente alcança as parcelas vencidas anteriormente aos cinco anos que precede o ajuizamento desta ação. Coaduna com esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28, 86%. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO.INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA N. 85/STJ. 1. Na hipótese dos autos não se discute violação do fundo de direito, mas sim o não pagamento de valores decorrentes de obrigação de trato sucessivo, desse modo a prescrição apenas alcança as parcelas vencidas anteriormente aos cinco anos que precede o ajuizamento da ação. 2. **Somente as parcelas vencidas a mais de 5 anos da propositura da ação devem ser consideradas prescritas, nos termos da Súmula n. 85 do STJ, que assim dispõe: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não houver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação"**. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1208471/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010).

Por esta razão, **ACOLHO** a prejudicial da prescrição das parcelas anteriores a cinco anos contados do ajuizamento desta demanda, ou seja, anteriores a 18 de maio de 2010.

II- Mérito

Sustentam os Autores que ingressaram na Administração Pública para exercer a função de agente de polícia civil e que desde sua admissão os requerentes exercem funções de investigadores, sendo que nunca exerceram a função de agente de polícia civil. Contudo, com salário bem abaixo.

Em relação à matéria, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uníssona no sentido de que o servidor público desviado de sua função, embora não tenha direito ao enquadramento, faz *jus* aos vencimentos correspondentes à função que efetivamente desempenhou, sob pena de ocorrer o locupletamento ilícito da Administração.

Não pode, neste contexto, a Administração desviar seus agentes de suas funções originais e deles exigir o desempenho de tarefas superiores ou diversas daquelas para as quais foram nomeados.

Veja-se:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE FUNÇÃO.

> **O servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus a reenquadramento, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido pela Administração**. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 188.624/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013). Precedente: RMS 27.831/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/9/2011; AgRg no Ag 1.261.874/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/12/2011.

Do mesmo entendimento compartilha nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

> REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MOTORISTA - LEI 2892/2006 - ATRIBUIÇÕES DO CARGO - DESVIO DE FUNÇÃO - DIFERENÇA SALARIAL DEVIDA - PROVA DO ALEGADO - DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS - PROVA TESTEMUNHAL - ÔNUS DO AUTOR NOS TERMOS DO ART. 333, INCISO I DO CPC - RECURSO CONHECIDO - APELO IMPROVIDO.
>
> 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 (REsp 759.802/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA).
>
> 2- Comprovado o desvio de função e efetivamente demonstrado que o servidor exercia o cargo alegado, nos termos do art. 333, inciso I do CPC.
>
> 3 - **O servidor desviado de sua função faz juz aos vencimentos correspondentes à função que efetivamente desempenhou, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.**
>
> 4 – [...]. 5 - Recurso conhecido e improvido. (TJES, Reexame Necessário 6100060166, Relator: ROBERTO DA FONSECA ARAÚJO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgamento: 28/08/2012, Publicação no Diário: 06/09/2012).

Todavia, o ônus da prova do fato constitutivo do direito recai sobre o Autor, que deve comprovar o desvio de função, a teor do que dispõe o artigo 373, I do vigente Código de Processo Civil.

Feitas estas considerações, entendo que os Autores fazem jus às diferenças salarias, dos períodos que não foram atingidos pela prescrição, visto que realmente se encontravam em desvio de função.

Os depoimentos das testemunhas as confirmam, senão vejamos:

A testemunha LORENA DADALTO, à fl. 560, diz que:

> "(...) que quando chegou naquela DP, tinha um investigador de Polícia, que é o Cláudio Rogério Souza, e os autores; que como a DP não tinha mais presos, o investigador Cláudio e os autores, **faziam todo o serviço de rua, ou seja, faziam o trabalho de investigações, cumpriam ordens de serviço, mandado de intimação, mandado de prisão, busca e apreensão, prisão em flagrante**; que normalmente, estas obrigações pelo investigador, juntamente dos autores, mas por várias vezes **os autores cumpriram essas ordens sozinhos, independente do investigador, principalmente quando estava de férias ou de licença; que a delegacia de Jacaraípe é muito atuante, e mesmo no afastamento do investigador de polícia, ela funcionava normalmente com a atuação dos autores**; que sabe que o Cláudio Rogério Souza aposentou e os autores ficaram na delegacia com a função de investigador de polícia, ante a ausência de outros investigadores naquela delegacia; (…) que existiam outras duas policiais, que eram agente de polícia e somente registravam ocorrência; que tem ciência que **até o ano de 2014 o agente de polícia civil tinham atribuições ligadas ao preso além de cumprir outras determinações que o Delegado assim fizesse; que após o ano de 2014, sabe que houve uma modificação nas atribuições por causa do grande número de agentes de polícia civil que exerciam funções nas delegacias de investigador de polícia** (…)''

Já a testemunha CLAUDIO ROGÉRIO SOUZA (fl. 561) diz:

> "(...) que sabe que **os autores têm o cargo de Agente de Polícia, mas eles desenvolviam as mesmas atividades e funções do depoente**; que naquela delegacia, **trabalhavam como investigadores o depoente e os autores**, e se recorda que alguns outros policiais chegaram a ser localizados naquela delegacia, mas logo saíam; **que a equipe do depoente era formado pelo depoente e os dois autores; que a maioria das funções desenvolvidas pelos autores, eram funções de investigador, mas eles desenvolviam outras funções, como trabalhar com informática**; que acredita que as funções do **cargo de Agente de Polícia, cuidar do preso, mas naquela delegacia, não existia essa situação, pois não existiam mais presos naquela delegacia**; que **faziam o trabalho de investigação, como fazendo campanas, levantamentos, relatórios, e quando chegavam até a prisão da pessoa, estas eram encaminhadas ao DPJ**; que depois que aposentou, não tem ciência de que tenha sido localizado outro investigador de polícia na 29ª DP, e pelo que sabe, **todo o trabalho de investigador ficou sendo feito pelos autores.**"

A testemunha IZAIAS TADEU VIEIRA DA SILVA (fl. 571) diz:

> "(…) **que os dois autores juntamente com o investigador Cláudio Rogério eram responsáveis pelo cumprimento de todas as diligências externas e investigações em geral da delegacia**; que **as atividades desenvolvidas eram cumprimento de mandados de prisão, intimações, ordem de serviço e outras**; que **os autores, tinham conhecimento total na área de informática e por isso transmitiam e recebiam dados do sistema da SESP e através desses dados que as diligências e as investigações seguiam; que não existia divisão de tarefas e os autores junto com Cláudio Rogério cumpriam todas as diligências que caberia ao investigador de polícia, como cumprir mandado de prisão e outras; que os autores também participavam de buscas e apreensões**; (...) que após a aposentadoria do investigador Cláudio Rogério nenhum outro investigador foi lotado naquela delegacia e **os autores que assumiram todas as funções do investigador de polícia da 29ª Delegacia de Jacaraípe; que eles foram responsáveis por dezenas de prisões**; (...) que mesmo sabendo da distinção entre os cargos de agente de polícia civil e investigador,e em uma diligência **observando que o agente de polícia atendia aos pré requisitos, determinação, paciência e inteligência designaria este agente para cumprir a diligência que seria do investigador, não entendendo por ilegalidade nesta ordem de serviço** (...)"

Diante dos documentos acostados aos autos e dos depoimentos das testemunhas, o desvio de função no período restou devidamente comprovado. Logo, os Autores fazem jus ao recebimento das diferenças salariais.

Assim, é de se reconhecer o direito dos Autores a percepção das diferenças salariais correspondentes ao período em que trabalharam em função diversa da qual estavam investidos, a partir de 18 de maio de 2010, tendo em vista a prescrição das parcelas pretéritas, com os reflexos nas demais parcelas salariais.

De outro lado, não é possível afastar a incidência de imposto de renda e de contribuição previdenciária sobre as verbas salariais reconhecidas nesta ocasião em favor dos Autores.

É que, de acordo com o artigo 43 do Código Tributário Nacional – CTN, o fato gerador do Imposto de Renda é o acréscimo patrimonial da renda, quando decorrente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e proventos de qualquer natureza, nos demais casos.

Sendo assim, sobre as verbas de natureza salarial, deve incidir o Imposto de Renda; e ocorre o contrário, quanto às verbas de caráter indenizatório.

No concernente à natureza jurídica das verbas percebidas pelos Autores, entendo que tais cifras, recebidas a destempo e por decorrência desta demanda, ostentam natureza remuneratória, justificando a incidência tributária.

O mesmo ocorre com a contribuição previdenciária, já que o artigo 40 da Constituição Federal determina a natureza contributiva do regime de previdência dos servidores públicos.

Em face do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos iniciais, para:**

1) RECONHECER a prescrição das pertensões anteriores a 18 de maio de 2010, tendo em vista o disposto no Decreto n° 20.910/32;

2) CONDENAR o Réu a pagar, em favor dos Autores, os valores referentes às diferenças de vencimentos entre os cargos de investigadores (devido) e agente de polícia civil (recebido), a partir de 18 de maio de 2010, inclusive com os reflexos nas parcelas salariais (13° salário, férias, 1/3 férias, abonos, adicionais, insalubridade, adicional de tempo de serviço, gratificações, assiduidade e outras parcelas recebidas pelo autor), os quais serão acrescidos de juros de mora, incidentes, mês a mês, desde a data da citação com índice da caderneta de poupança, conforme art. 1°F da lei 9.494/97. Já a correção monetária incidirá desde o momento em que houve o pagamento a menor, utilizando-se até 25/03/2015, a TR - Taxa Referencial e, após, o IPCA-E - Índice de Preços ao Consumidor, conforme entendimento firmado na ADIN n° 4425. Sendo devida a incidência do imposto de renda e contribuição previdenciária, que poderão ser retidos pela fonte pagadora.

Por via de consequência, extingo o processo com resolução do mérito, na forma do artigo 487, I do vigente Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência mínima por parte dos autores, **CONDENO** somente o Réu ao pagamento das custas remanescentes, isentando-o do referido pagamento tendo em vista a isenção de que goza a Fazenda Pública, nos termos do artigo 20, inciso V, da Lei Estadual n. 9.974/13 e da Lei Estadual n. 9.900/12 (TJES, Reexame Necessário 24060349693, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA - Relator Substituto: ELISABETH LORDES, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Publicação no Diário: 06/09/2013).

Condeno ainda, o réu em honorários advocatícios, os quais deixo, por hora, de fixar o percentual, em conformidade ao que dispõe o artigo 85, § 4°, II, do Novo Código de Processo Civil.

Transcorrido o prazo de apelação voluntária, sem interposição do recurso pela parte interessada, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, já que a condenação é ilíquida nos moldes do artigo 496 do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, arquive-se.

Vitória/ES, 21 de novembro de 2017.

SAYONARA COUTO BITTENCOURT
Juiz de Direito

Dispositivo

Cuida-se de demanda intitulada de "**Ação Ordinária com pedido liminar**" ajuizada por **GILMAR DE MEIRELES PRATES e GILVAN DE MEIRELES PRATES**, em face do **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, objetivando a condenação do Réu ao pagamento de forma indenizada das parcelas vencidas e vincendas das diferenças do salário da função de agente de polícia para a de investigador da polícia civil, com os devidos reflexos.

Afirmam os Autores que ocupam cargos de agente de polícia civil junto ao Estado do Espírito Santo e desde o exercício nos respectivos cargos estão em desvio de função até a publicação do Decreto que modificou as atribuições dos agentes de polícia civil.

Alegam que exerceram diversas atividades compatíveis com o cargo de investigador de polícia civil deste mesmo Estado.

Os requerentes prestaram concurso público para o cargo de agente de polícia civil, todavia desde o início exerceram atividades de investigação policial, inicialmente com atribuições definidas no Decreto 3819-N /1995 modificado em dezembro de 2014 pelo Decreto 3729-R/2014.

Informam que o agente de polícia civil tinha como principais atribuições a guarda, escolta de presos e manutenção da carceragem dentro dos quadros da polícia civil, entretanto depois de mudanças na Administração, a maioria das funções dos agentes foram suprimidas.

Relatam que os agentes de polícia civil eram designados para cumprir as mesmas funções dos investigadores, recebendo remuneração diversa destes últimos.

Alegam que durante o período em que passaram a ocupar o cargo de agente de polícia, estiveram desviados de suas funções agindo como investigadores de polícia, elaborando relatórios de investigação policial, relatórios de cumprimento de mandados de busca e apreensão e outras diligências relacionadas à investigação criminal cumpridas por

agentes da polícia civil.

Com a vigência do Decreto nº 3729-R de 18/12/2014, a Administração Pública definiu as novas atribuições do cargo de agente de polícia, entretanto deixou dois cargos com atribuições equivalentes, porém com remuneração diferenciada.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 25/390.

À fl. 391, foi proferido despacho intimando os autores para emendar à inicial.

À fl. 394, os autores quitaram as custas processuais.

À fl. 397, foi proferida decisão informando que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela será apreciado após estabelecido o contraditório.

Às fls. 400/416, o Estado do Espírito Santo apresentou contestação, alegando: a partir de 1995, com a edição do Decreto lei nº 3.819-N, também foi atribuído ao cargo de Agente de Polícia a função investigativa, bem como participar de operações policiais e missões afins; não há nos autos nenhuma prova de que os autores exerçam alguma atividade que não esteja dentro de suas atribuições; não há desvio de função; a admissão de pessoal na administração pública é regida pelo princípio do concurso público, cf. Art. 37, II, CRFB/88, que exige a aprovação prévia em concurso público de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público.

Oportunizada a réplica, os Autores repisaram os argumentos trazidos em peça de ingresso, refutando as teses defensivas (fls. 477/480).

Às fls. 511/513, o feito foi saneado e foi indeferido o pedido liminar constante de antecipação dos efeitos da tutela.

À fl. 514, o Estado do Espírito Santo informou que não tem interesse em produzir provas

À fl. 515, os autores informaram que desejam produzir prova documental suplementar e testemunhal.

Às fls. 559 e 570, termo de audiência.

As testemunhas foram ouvidas (fls. 560/561 e 571).

Às fls. 574/576, os autores apresentaram memoriais.

À fl. 579, o Estado do Espírito Santo reiterou os termos da Contestação, acrescentando que a parte autora não conseguiu provar o alegado na peça vestibular, resultando na total improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

I – Prejudicial de Mérito: Prescrição

Em suas alegações finais, o requerido pugna que seja declarada a prescrição das parcelas vencidas que ultrapassem os últimos cinco anos, na forma do artigo 1° do Decreto 20.910/32.

Pois bem, entendo que merece prosperar a prejudicial arguida, visto que deve prevalecer o prazo prescricional estabelecido no Decreto n° 20.910/32. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1° DO DECRETO 20.910/1932. [...] 2. **O prazo prescricional de Ação de Indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1° do Decreto 20.910/1932, norma que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".** 3. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1197876/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/03/2011).

> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA MÉDIA. SUICÍDIO. ART. 1° DO DECRETO 20.910/1932. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. [...] 2. **É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/1932, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial**. Precedentes: REsp 1.197.876/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/3/2011; AgRg no Ag 1.349.907/MS, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/2/2011; e REsp 1.100.761/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/03/2009. 3. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1106715/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

É forçoso reconhecer que a prescrição somente alcança as parcelas vencidas anteriormente aos cinco anos que precede o ajuizamento desta ação. Coaduna com esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28, 86%. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO.INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA N. 85/STJ. 1. Na hipótese dos autos não se discute violação do fundo de direito, mas sim o não pagamento de valores decorrentes de obrigação de trato sucessivo, desse modo a prescrição apenas alcança as parcelas vencidas anteriormente aos cinco anos que precede o ajuizamento da ação. 2. **Somente as parcelas vencidas a mais de 5 anos da propositura da ação devem ser consideradas prescritas, nos termos da Súmula n. 85 do STJ, que assim dispõe: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não houver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".** 3. Recurso especial não provido. (REsp 1208471/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010).

Por esta razão, **ACOLHO** a prejudicial da prescrição das parcelas anteriores a cinco anos contados do ajuizamento desta demanda, ou seja, anteriores a 18 de maio de 2010.

II- Mérito

Sustentam os Autores que ingressaram na Administração Pública para exercer a função de agente de polícia civil e que desde sua admissão os requerentes exercem funções de investigadores, sendo que nunca exerceram a função de agente de polícia civil. Contudo, com salário bem abaixo.

Em relação à matéria, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uníssona no sentido de que o servidor público desviado de sua função, embora não tenha direito ao enquadramento, faz *jus* aos vencimentos correspondentes à função que efetivamente desempenhou, sob pena de ocorrer o locupletamento ilícito da Administração.

Não pode, neste contexto, a Administração desviar seus agentes de suas funções originais e deles exigir o desempenho de tarefas superiores ou diversas daquelas para as quais foram nomeados.

Veja-se:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE FUNÇÃO.

> **O servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não faça jus a reenquadramento, tem direito a perceber as diferenças remuneratórias relativas ao período, sob pena de se gerar locupletamento indevido pela Administração.** Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 188.624/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013). Precedente: RMS 27.831/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/9/2011; AgRg no Ag 1.261.874/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/12/2011.

Do mesmo entendimento compartilha nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

> REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MOTORISTA - LEI 2892/2006 - ATRIBUIÇÕES DO CARGO - DESVIO DE FUNÇÃO - DIFERENÇA SALARIAL DEVIDA - PROVA DO ALEGADO - DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS - PROVA TESTEMUNHAL - ÔNUS DO AUTOR NOS TERMOS DO ART. 333, INCISO I DO CPC - RECURSO CONHECIDO - APELO IMPROVIDO.
>
> 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 (REsp 759.802/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA).
>
> 2- Comprovado o desvio de função e efetivamente demonstrado que o servidor exercia o cargo alegado, nos termos do art. 333, inciso I do CPC.
>
> 3 - **O servidor desviado de sua função faz juz aos vencimentos correspondentes à função que efetivamente desempenhou, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.**
>
> 4 - [...]. 5 - Recurso conhecido e improvido. (TJES, Reexame Necessário 6100060166, Relator: ROBERTO DA FONSECA ARAÚJO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgamento: 28/08/2012, Publicação no Diário: 06/09/2012).

Todavia, o ônus da prova do fato constitutivo do direito recai sobre o Autor, que deve comprovar o desvio de função, a teor do que dispõe o artigo 373, I do vigente Código de Processo Civil.

Feitas estas considerações, entendo que os Autores fazem jus às diferenças salarias, dos períodos que não foram atingidos pela prescrição, visto que realmente se encontravam em desvio de função.

Os depoimentos das testemunhas as confirmam, senão vejamos:

A testemunha LORENA DADALTO, à fl. 560, diz que:

> "(...) que quando chegou naquela DP, tinha um investigador de Polícia, que é o Cláudio Rogério Souza, e os autores; que como a DP não tinha mais presos, o investigador Cláudio e os autores, **faziam todo o serviço de rua, ou seja, faziam o trabalho de investigações, cumpriam ordens de serviço, mandado de intimação, mandado de prisão, busca e apreensão, prisão em flagrante**; que normalmente, estas obrigações pelo investigador, juntamente dos autores, mas por várias vezes **os autores cumpriram essas ordens sozinhos, independente do investigador, principalmente quando estava de férias ou de licença; que a delegacia de Jacaraípe é muito atuante, e mesmo no afastamento do investigador de polícia, ela funcionava normalmente com a atuação dos autores**; que sabe que o Cláudio Rogério Souza aposentou e os autores ficaram na delegacia com a função de investigador de polícia, ante a ausência de outros investigadores naquela delegacia; (…) que existiam outras duas policiais, que eram agente de polícia e somente registravam ocorrência; que tem ciência que **até o ano de 2014 o agente de polícia civil tinham atribuições ligadas ao preso além de cumprir outras determinações que o Delegado assim fizesse; que após o ano de 2014, sabe que houve uma modificação nas atribuições por causa do grande número de agentes de polícia civil que exerciam funções nas delegacias de investigador de polícia** (…)''

Já a testemunha CLAUDIO ROGÉRIO SOUZA (fl. 561) diz:

> "(...) que sabe que **os autores têm o cargo de Agente de Polícia, mas eles desenvolviam as mesmas atividades e funções do depoente**; que naquela delegacia, **trabalhavam como investigadores o depoente e os autores**, e se recorda que alguns outros policiais chegaram a ser localizados naquela delegacia, mas logo saíam; **que a equipe do depoente era formado pelo depoente e os dois autores; que a maioria das funções desenvolvidas pelos autores, eram funções de investigador, mas eles desenvolviam outras funções, como trabalhar com informática**; que acredita que as funções do **cargo de Agente de Polícia, cuidar do preso, mas naquela delegacia, não existia essa situação, pois não existiam mais presos naquela delegacia**; que **faziam o trabalho de investigação, como fazendo campanas, levantamentos, relatórios, e quando chegavam até a prisão da pessoa, estas eram encaminhadas ao DPJ**; que depois que aposentou, não tem ciência de que tenha sido localizado outro investigador de polícia na 29ª DP, e pelo que sabe, **todo o trabalho de investigador ficou sendo feito pelos autores.**"

A testemunha IZAIAS TADEU VIEIRA DA SILVA (fl. 571) diz:

> "(…) **que os dois autores juntamente com o investigador Cláudio Rogério eram responsáveis pelo cumprimento de todas as diligências externas e investigações em geral da delegacia**; que **as atividades desenvolvidas eram cumprimento de mandados de prisão, intimações, ordem de serviço e outras**; que **os autores, tinham conhecimento total na área de informática e por isso transmitiam e recebiam dados do sistema da SESP e através desses dados que as diligências e as investigações seguiam; que não existia divisão de tarefas e os autores**

> **junto com Cláudio Rogério cumpriam todas as diligências que caberia ao investigador de polícia, como cumprir mandado de prisão e outras; que os autores também participavam de buscas e apreensões;** (...) que após a aposentadoria do investigador Cláudio Rogério nenhum outro investigador foi lotado naquela delegacia e **os autores que assumiram todas as funções do investigador de polícia da 29ª Delegacia de Jacaraípe; que eles foram responsáveis por dezenas de prisões;** (...) que mesmo sabendo da distinção entre os cargos de agente de polícia civil e investigador,e em uma diligência **observando que o agente de polícia atendia aos pré requisitos, determinação, paciência e inteligência designaria este agente para cumprir a diligência que seria do investigador, não entendendo por ilegalidade nesta ordem de serviço** (...)"

Diante dos documentos acostados aos autos e dos depoimentos das testemunhas, o desvio de função no período restou devidamente comprovado. Logo, os Autores fazem jus ao recebimento das diferenças salariais.

Assim, é de se reconhecer o direito dos Autores a percepção das diferenças salariais correspondentes ao período em que trabalharam em função diversa da qual estavam investidos, a partir de 18 de maio de 2010, tendo em vista a prescrição das parcelas pretéritas, com os reflexos nas demais parcelas salariais.

De outro lado, não é possível afastar a incidência de imposto de renda e de contribuição previdenciária sobre as verbas salariais reconhecidas nesta ocasião em favor dos Autores.

É que, de acordo com o artigo 43 do Código Tributário Nacional – CTN, o fato gerador do Imposto de Renda é o acréscimo patrimonial da renda, quando decorrente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e proventos de qualquer natureza, nos demais casos.

Sendo assim, sobre as verbas de natureza salarial, deve incidir o Imposto de Renda; e ocorre o contrário, quanto às verbas de caráter indenizatório.

No concernente à natureza jurídica das verbas percebidas pelos Autores, entendo que tais cifras, recebidas a destempo e por decorrência desta demanda, ostentam natureza remuneratória, justificando a incidência tributária.

O mesmo ocorre com a contribuição previdenciária, já que o artigo 40 da Constituição Federal determina a natureza contributiva do regime de previdência dos servidores públicos.

Em face do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos iniciais, para:**

1) RECONHECER a prescrição das pertensões anteriores a 18 de maio de 2010, tendo em vista o disposto no Decreto n° 20.910/32;

2) CONDENAR o Réu a pagar, em favor dos Autores, os valores referentes às diferenças de vencimentos entre os cargos de investigadores (devido) e agente de polícia civil (recebido), a partir de 18 de maio de 2010, inclusive com os reflexos nas parcelas salariais (13° salário, férias, 1/3 férias, abonos, adicionais, insalubridade, adicional de tempo de serviço, gratificações, assiduidade e outras parcelas recebidas pelo autor), os quais serão acrescidos de juros de mora, incidentes, mês a mês, desde a data da citação com índice da caderneta de poupança, conforme art. 1°F da lei 9.494/97. Já a correção monetária incidirá desde o momento em que houve o pagamento a menor, utilizando-se até 25/03/2015, a TR – Taxa Referencial e, após, o IPCA-E – Índice de Preços ao Consumidor, conforme entendimento firmado na ADIN n° 4425. Sendo devida a incidência do imposto de renda e contribuição previdenciária, que poderão ser retidos pela fonte pagadora.

Por via de consequência, extingo o processo com resolução do mérito, na forma do artigo 487, I do vigente Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência mínima por parte dos autores, **CONDENO** somente o Réu ao pagamento das custas remanescentes, isentando-o do referido pagamento tendo em vista a isenção de que goza a Fazenda Pública, nos termos do artigo 20, inciso V, da Lei Estadual n. 9.974/13 e da Lei Estadual n. 9.900/12 (TJES, Reexame Necessário 24060349693, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA - Relator Substituto: ELISABETH LORDES, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Publicação no Diário: 06/09/2013).

Condeno ainda, o réu em honorários advocatícios, os quais deixo, por hora, de fixar o percentual, em conformidade ao que dispõe o artigo 85, § 4°, II, do Novo Código de Processo Civil.

Transcorrido o prazo de apelação voluntária, sem interposição do recurso pela parte interessada, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, já que a condenação é ilíquida nos moldes do artigo 496 do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, arquive-se.

Vitória/ES, 21 de novembro de 2017.