A C Ó R D Ã O

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010529-76.2015.815.2001

Origem : 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital
Relator : Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado)
Apelante : Estado da Paraíba representado por seu Procurador Júlio Tiago Carvalho Rodrigues
Apelado : Francisco de Assis Ferreira
Advogado : Francisco de Andrade Carneiro Neto

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIFERENÇAS SALARIAIS. **PREJUDICIAL DE MÉRITO**. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. **REJEIÇÃO DA QUESTÃO PRÉVIA**.

- 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 do autor.

MÉRITO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIDO DE FUNÇÃO. PROVA DOCUMENTAL COMPROBATÓRIA. CARACTERIZAÇÃO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS.

MANUTENÇÃO DO DECISUM. **DESPROVIMENTO DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO**.
- Restando demonstrado o desempenho de função diversa do cargo por servidor público, devido o pagamento de diferenças remuneratórias a título de desvio de função.

V I S T O S, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

A C O R D A a Egrégia Terceira Câmara Especializada Cível, à unanimidade, **em rejeitar a prejudicial e, no mérito, por igual votação, negar provimento ao apelo e à remessa necessária.**

R E L A T Ó R I O

Trata-se de **Apelação Cível** interposta pelo Estado da Paraíba contra sentença prolatada e **remetida oficialmente** pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, lançada nos autos da Ação Ordinária de Cobrança ajuizada por Francisco de Assis Ferreira.

O julgador de primeiro grau, às fls. 28/31, julgou procedentes em parte os pedidos formulados na inicial e determinou o pagamento das diferenças salariais referentes às parcelas risco de vida e auxílio-alimentação do período em que fora observado o desvio de função, respeitada a prescrição quinquenal e observada a aplicação de juros de mora de 0,5% ao mês e correção monetária pelo INPC desde o vencimento de cada importância devida. Por fim, condenou o Estado ao pagamento dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação.

Em suas razões recursais, às fls. 33/41, o apelante argui a prescrição do fundo do direito como prejudicial de mérito, ao argumento de que o interessado teve efetivo conhecimento da lesão em agosto de 2004.

No mérito, sustenta a inexistência de efetiva prova do direito ao desvio de função e ao enquadramento. Aduz ainda, ser

impossível a sua condenação ao pagamento das diferenças salariais. Ao final, afirma que os honorários sucumbenciais foram fixados em percentual exagerado.

Requer o acolhimento da prescrição como prejudicial de mérito. Em caso de entendimento diverso, pugna pelo provimento do recurso para reformar todos os termos da decisão e julgar improcedentes os pleitos exordiais.

Contrarrazões apresentadas às fls. 45/49.

A Procuradoria de Justiça, às fls. 55/58 opina apenas pela rejeição da prejudicial de mérito e indica o prosseguimento da remessa e do apelo sem manifestação.

É o relatório.

V O T O

Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado) - Relator

Os presentes autos aportaram a esta Corte de Justiça tanto pela interposição do Recurso Apelatório pelo promovido, quanto em razão da Remessa Oficial, os quais serão analisados conjuntamente, haja vista o exame das questões meritórias recursais se entrelaçarem.

<u>Prejudicial de Mérito</u>

Prescrição do Fundo de Direito

Sustenta a parte ré, ora recorrente, prefacialmente, a ocorrência de prescrição, aduzindo que entre o advento da lei que alterou a forma de pagamento do anuênio e a data de oferecimento da presente ação, houve interregno de mais de 05 (cinco) anos, restando caracterizada a prescrição do próprio fundo de direito, o que torna inviável qualquer pretensão autoral.

Ora, sendo a matéria aventada nos autos de trato sucessivo, segundo o qual, o dano se renova a cada mês, resta, pois, afastada a aplicação do instituto da prescrição sobre o fundo de direito do autor.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. ANUÊNIOS. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85 DO STJ. O TRIBUNAL DE ORIGEM CONCLUIU QUE O ART. 2°. DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 50/2003, DO ESTADO DA PARAÍBA, NÃO ALCANÇA OS MILITARES. INEXISTÊNCIA DE ATO DE EFEITOS CONCRETOS. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **Tratando-se de obrigação de trato sucessivo e inexistindo negativa expressa e formal da Administração, não há que se falar em prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1°. do Decreto 20.910/32, motivo pelo qual incide, no caso, o disposto na Súmula 85 do STJ. […] 3. Agravo Regimental do ESTADO DA PARAÍBA desprovido** (STJ, AgRg no AREsp 382.320/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 07/05/2014).

Pelos motivos acima elencados, **rejeito a prejudicial de prescrição.**

Mérito

Francisco de Assis Ferreira propôs a presente demanda em face do Estado da Paraíba afirmando ser servidor público pertencente ao quadro do promovido, lotado na Secretaria Estadual da Administração Penitenciária entre 17 de maio de 2006 a 31 de janeiro de 2015, exercendo o cargo de Agente Penitenciário. Requereu a implantação no seu contracheque das gratificações de risco de vida e auxílio-alimentação e o pagamento retroativo referente ao período não prescrito, ao argumento de que os demais agentes penitenciários recebem por estas verbas, respectivamente, os

valores de R$ 664,58 e R$ 274,00.

Pois bem.

Oportuno destacar, de início, que a controvérsia em disceptação transita ao redor do direito do autor de perceber diferenças salariais decorrentes de desvio de função, haja vista o conjunto probatório carreado aos autos demonstrar que o mesmo percebia seus rendimentos com base no cargo de "Prestador de Serviço", quando, na verdade, desempenhava as atribuições da função de "Agente Penitenciário."

No caso em debate, o autor/apelado demonstrou, inequivocamente, o exercício de atribuições de agente penitenciário, conforme prova encartada à fl. 11, a qual mostra a identidade funcional do servidor com o cargo de agente penitenciário e lotado na Secretaria de Administração Penitenciária.

Sob tal prisma resta evidenciado o desvio de função.

Impende ressaltar que 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.

Na verdade, a pretensão do demandante é de perceber as diferenças salariais pagas a menor, em face de exercer as atribuições próprias de um agente penitenciário, sob pena de inafastável enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Destaco, ainda, que não se pode admitir que a Administração viole a Constituição Federal (art. 37), no que diz respeito à exigência do concurso como regra para ingresso no serviço público e lance mão desta mesma exigência constitucional para justificar o pagamento a menor de pessoas designadas para exercer funções estranhas àquelas do cargo público que exercem.

Insta frisar que é abusivo e irregular a Administração designar um de seus servidores para exercer ofício sem a remuneração

compatível com a função, sobretudo em local de trabalho de reconhecida periculosidade.

Desta feita, o mínimo que se pode garantir ao servidor, em tais situações, é o direito de perceber a diferença salarial.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. Funcionária pública nomeada para o cargo de agente administrativo judiciário. **Desvio de função. Exercício de atividades de escrevente técnico judiciário comprovados por prova documental e testemunhal. Pagamentos das diferenças salariais devidas em razão do reconhecimento do desvio de função.** Prescrição quinquenal, nos termos da Súmula nº 85 do STJ. Atualização na forma do art. 1º-F da Lei nº. 9.494/97 com a redação da Lei nº 11.960/09, tendo em vista a pendência de apreciação do incidente de Repercussão Geral (Tema nº 810 do STF. Atrelada ao RE nº 870947). Recurso da Fazenda parcialmente provido. (TJSP; APL 0006901-38.2012.8.26.0236; Ac. 9613182; Ibitinga; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Luiz Edmundo Marrey Uint; Julg. 19/07/2016; DJESP 26/07/2016)

Feito esse registro, correto foi o entendimento do magistrado que não acolheu o pedido de implantação da gratificação de risco de vida e auxílio-alimentação. No entanto, reconheceu o direito ao recebimento dessas verbas, respeitada a prescrição quinquenal.

No tocante aos honorários advocatícios, estes foram firmados de forma coerente em observância dos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil do ano de 1973, o qual estava em vigência à época da prolação da sentença.

Com essas considerações, **REJEITO A PREJUDICIAL DE MÉRITO** e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO AO APELO E À REMESSA NECESSÁRIA**, para manter todos os termos da decisão vergastada.

É como voto.

Presidiu a sessão Ordinária desta Terceira Câmara

Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba realizada no dia 06 de setembro de 2016, conforme Certidão do julgamento, o Exmo. Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeira (Relator), Juiz convocado para substituir a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes, o Exmo. Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides e o Exmo. Dr. Carlos Antônio Sarmento, Juiz Convocado para substituir o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz. Presente à Sessão, a Exma. Dra. Ana Cândida Espínola, Promotora de Justiça convocada.

Gabinete no TJ/PB, João Pessoa, 09 de setembro de 2016

Ricardo Vital de Almeida
Juiz convocado/Relator