



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ RICARDO PORTO

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0000730-51.2014.815.0511

Relator : Des. José Ricardo Porto

Apelante 01 : Josimar Constantino da Silva

Advogado : Antônio Teotonio de Assunção

**Apelante 02 : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador
Paulo Renato Guedes Bezerra**

Apelados : Ambos

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS SALARIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRATO NULO. DIREITO AO FGTS. PRECEDENTES DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º- F, DA LEI 11.960/2009 PARA O CÁLCULO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MODIFICAÇÃO, EM PARTE, DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DOS APELOS.

- Levando-se em conta que a alegação de pagamento de verbas trabalhistas representa fato extintivo de direito, compete ao empregador produzir provas capazes de elidir a presunção de veracidade existente em favor dos servidores, que buscam o recebimento das parcelas salariais não pagas. Inteligência do art. 333, II do Código de Processo Civil.

- Não logrando êxito, a Administração Pública, em comprovar a sua adimplência, é de se considerar devido o pagamento das verbas salariais a que faz *jus* o servidor. Precedentes desta Corte de Justiça.

- O Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário n.º 596.478, cuja repercussão geral da matéria fora reconhecida, em recente decisão negou provimento à súplica, firmando orientação de que o art. 19-A da lei 8.036/90, acrescido pelo art. 9.º da medida provisória 2.164-41/2001, que assegura direito ao

FGTS à pessoa que tenha sido contratada sem concurso público, não afronta a Constituição.

- "(...)9. No caso concreto, como a condenação imposta à fazenda não é de natureza 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 nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09, deverá ser calculada com base no ipca, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 10. Agravo regimental provido em parte. (STJ; AgRg-AREsp 261.596; Proc. 2012/0248555-1; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Castro Meira; DJE 22/08/2013; Pág. 351)

VISTOS.

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas, respectivamente, por **Josimar Constantino da Silva** e pelo **Estado da Paraíba** em face da sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança movida pelo primeiro apelante em face do segundo recorrente.

Na decisão combatida, de fls. 64/65, a Magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente o pleito autoral, condenando o promovido ao pagamento do décimo terceiro salário de 2014 proporcional, das férias de 2012/2013 e 2013/2014; 1/3 de férias referente aos períodos de 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014, e o salário retido de junho de 2014, corrigidos pelo INPC, a contar da citação e com juros moratórios, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, devidos desde a data de quando as verbas deveriam ter sido quitadas.

Outrossim, condenou em custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

O autor apelou, às fls. 67/69, pugnando pelo pagamento do FGTS, com a multa de 40% (quarenta por cento), por ter sido o seu contrato de trabalho declarado nulo.

Irresignado, o Estado da Paraíba também interpôs recurso apelatório, às fls. 70/76, aduzindo a nulidade do contrato de trabalho do promovente, por ausência de concurso público e, que este apenas teria direito ao saldo de salário, já devidamente pago.

Por fim, pede a aplicação da lei nº 11.960/2009 para o cálculo da correção monetária e juros de mora.

Ante o exposto, requer a reforma da decisão impugnada, com a improcedência do pedido autoral.

Contrarrazões apresentadas apenas pelo Ente Estatal, às fls.85/96.

É o relatório.

DECIDO

Inicialmente, friso que apreciarei ambas as irresignações em conjunto.

Em suas razões, o autor pleiteia o pagamento do FGTS, mais a multa de 40% (quarenta por cento), alegando fazer *jus* a tal verba, porquanto o seu contrato de trabalho foi declarado nulo.

Já o Estado da Paraíba aduz que, pelo fato do pacto celebrado ser considerado inválido, o demandante apenas teria direito ao saldo de salário, já devidamente quitado.

Pois bem, analisando os autos, verifico que o vínculo laboral do promovente com a Fazenda Pública está exaustivamente demonstrado, conforme contracheques e fichas financeiras acostadas ao caderno processual.

Assim, caberia a Administração demonstrar o pagamento das verbas requeridas, por ser fato extintivo do direito autoral, conforme preceitua o art. 333, II, do CPC.

Vê-se que as fichas financeiras, de fls. 60/62, acostadas pelo Estado da Paraíba, apenas demonstram que o autor trabalhou no período alegado, todavia, sem perceber as prestações declinadas na exordial.

Portanto, verifico que o ente público não evidenciou a quitação das citadas parcelas. Ora, levando-se em conta se tratar de parte autossuficiente da relação jurídica, portadora dos documentos capazes de esclarecer o pagamento, não cumpriu o ente promovido com o seu ônus probante.

Sobre o tema, há precedentes jurisprudenciais no nosso Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - VERBAS SALARIAIS PRELIMINAR DE INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA COMUM -COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ESTATUTÁRIO COM A EDILIDADE - REJEIÇÃO - MÉRITO - A PREFEITURA NÃO COMPROVOU O PAGAMENTO DOS SALÁRIOS EM QUESTÃO -INCUMBE AO MUNICÍPIO O ÔNUS DA PROVA DO PAGAMENTO DOS REFERIDOS SALÁRIOS -INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INC. II -POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE ANUÊNIOS, - PREVISÃO LEGAL DE INCORPORAÇÃO DE ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO PAGO -NA BASE DE UM POR CENTO ANUENIO LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CAMCIMBA DE DENTRO. DESPROVIMENTO DO APELO. - Conforme podemos verificar do documento acostado à fl. 13, a apelada é servidora do Município de Cacimba de Dentro, com vínculo estatutário, sendo, portanto, a Justiça Comum competente para processar e julgar a presente lide. **1 - Mister ponderar que incumbe ao Município Apelante, no presente caso, o ônus da prova do pagamento da remuneração do promoveste referente a tais meses, porquanto o sistema probatório adotado por nosso ordenamento jurídico determina, conforme o artigo 333, inciso II do CPC, que incumbe ao réu produzir a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. . -A Lei Orgânica do Município de Cacimba de Dentro, cuja cópia fora colacionada aos autos pela apelada, prevê, em seu art. 80, inciso IX, que os Servidores Públicos terão direito a adicional por tempo de serviço, incorporado para todos os efeitos, nos . . vencimento, pago na base de um por cento**

anuênio de efetivo exercício . fl. 20.¹

*AÇÃO DE COBRANÇA - Servidor Público Municipal - Férias não gozadas e retenção de salários, 13º e terço constitucional - Procedência parcial do pedido - Expurgos das verbas prescritas - Ausência de remessa oficial em face do valor da condenação - Insurreição municipal voluntária - Súplica pela total reforma do julgado - Ausência de prova dos serviços prestados - Condição de servidora e retenção de verbas não derruída pela Edilidade - Gozo das férias não demonstrado - Irrelevância - Promovente aposentada - Direito à indenização dos períodos - Desprovemento. - É direito líquido e certo de todo servidor público, ativo ou inativo, perceber seus proventos pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada. - **Em processos envolvendo questão de retenção de salários, cabe ao Município comprovar que fez o pagamento, pois, ao reverso, subtende-se que não o efetuou na forma devida.** - O servidor aposentado, ainda que voluntariamente, tem direito a receber em pecúnia as férias não gozadas quando na ativa.² (grifou-se)*

Ademais, a nossa Corte de Justiça e o STF vem se posicionando no sentido de que o servidor público com contrato de trabalho considerado inválido possui direito a algumas verbas, a exemplo da contraprestação pactuada, décimo terceiro salário, férias e FTGS, a fim de evitar o enriquecimento ilícito. Nesse sentido, vejamos:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATO TEMPORÁRIO. Continuidade da prestação do serviço após o término do contrato. Não realização de concurso público. Contrato nulo por afronta ao artigo 37, II, c. F. Depósito do FGTS devido. Inteligência do art. 19-a da Lei nº 8.036-90. Férias, terço constitucional e 13º salários devidos. Impossibilidade de enriquecimento sem causa. Reforma da sentença. Procedência em parte. Provimento parcial. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. (art. 19-a da Lei nº 8.036-90). Contrato nulo. Efeitos. **A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do***

¹TJPB - Acórdão do processo nº 08320040013902001 - Órgão (2ª Câmara Cível) - Relator DESEMBARGADOR MARCOS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE - j. em 15/12/2009

² - TJPB - Acórdão do processo nº 03820070018387001 - Órgão (1ª Câmara Cível) - Relator DR. CARLOS MARTINS BELTRAO FILHO ♦ JUIZ CONVOCADO - j. Em 11/03/2010.

salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (Enunciado nº 363 TST, revisado pela ra nº 121/03, DJ 19.11.03, republicado DJ 25.11.03). Faz jus o apelante aos valores referentes ao FGTS que não foram depositados em sua conta vinculada, durante todo o período laborado. **Ainda, aos valores referentes ao pagamento das parcelas salariais basilares, tais como a remuneração pelos dias de serviço prestado, férias, o terço constitucional e décimo terceiro salários, assim como seus proporcionais, tudo para evitar o enriquecimento sem causa do município, que se beneficiou com o trabalho do recorrente.** (TJPB; AC 200.2011.009.234-9/001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Manoel Soares Monteiro; DJPB 28/02/2012; Pág. 12)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. EXTENSÃO AO SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os servidores contratados em caráter temporário têm direito à extensão de direitos sociais constantes do art. 7º do Magno Texto, nos moldes do inciso IX do art. 37 da Carta Magna.** 2. Agravo regimental desprovido. (STF- ARE 663104 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16-03-2012 PUBLIC 19-03-2012)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATO TEMPORÁRIO. Continuidade da prestação do serviço após o término do contrato. Não realização de concurso público. Contrato nulo por afronta ao artigo 37, II, c. F. Depósito do FGTS devido. Inteligência do art. 19-a da Lei nº 8.036-90. Manutenção da sentença. Desprovimento do apelo. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. (art. 19-a da Lei nº 8.036/90). Contrato nulo. Efeitos. **A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.** (Enunciado nº 363 TST, revisado pela ra nº 121/03, DJ 19.11.03, republicado DJ 25.11.03).³ (grifou-se)

³ TJPB; AC 200.2010.003699-1/001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. José Di Lorenzo Serpa; DJPB 14/12/2011; Pág. 6.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário nº 596.478, cuja repercussão geral da matéria fora reconhecida, **firmou orientação de que o dispositivo legal, que assegura direito ao FGTS à pessoa que tenha sido contratada sem concurso público, não afronta a Constituição.**

Vejam os trechos constantes no Informativo nº 670 do Pretório Excelso:

“O art. 19-A da Lei 8.036/90, acrescido pelo art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, que assegura direito ao FGTS à pessoa que tenha sido contratada sem concurso público não afronta a Constituição. Esse a orientação do Plenário que, em conclusão de julgamento, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade, ou não, do dispositivo — v. Informativo 609. Salientou-se tratar-se, na espécie, de efeitos residuais de fato jurídico que existira, não obstante reconhecida sua nulidade com fundamento no próprio § 2º do art. 37 da CF. Mencionou-se que o Tribunal tem levado em consideração essa necessidade de se garantir a fatos nulos, mas existentes juridicamente, os seus efeitos. Consignou-se a impossibilidade de se aplicar, no caso, a teoria civilista das nulidades de modo a retroagir todos os efeitos desconstitutivos dessa relação. Ressaltou-se, ainda, que a manutenção desse preceito legal como norma compatível com a Constituição consistiria, inclusive, em desestímulo aos Estados que quisessem burlar concurso público. Aludiu-se ao fato de que, se houvesse irregularidade na contratação de servidor sem concurso público, o responsável, comprovado dolo ou culpa, responderia regressivamente nos termos do art. 37 da CF. Portanto, inexistiria prejuízo para os cofres públicos”.

Nesse contexto, dúvidas não pairam de que o promovente, não obstante a precariedade de seu vínculo com a administração, faz *jus* aos depósitos fundiários relativos ao período em que figurou como prestador de serviço, além das demais verbas declinadas na exordial (décimo terceiro salário, férias e salário retido).

Todavia, quanto à multa rescisória de 40% (quarenta por cento), entendo pelo seu não cabimento, porquanto se trata de uma previsão da CLT, em caso de demissão sem justa causa, o que difere do caso dos autos.

No que pertine à prescrição, observa-se que o STJ pacificou entendimento através de recurso representativo de controvérsia, no sentido de que na cobrança das contribuições referentes ao FGTS deve ser observado o prazo trintenário, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RESP N. 1.110.848/RN. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 466/STJ. NATUREZA JURÍDICA NÃO-TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. SÚMULA 210/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que a apreciação acerca da necessidade de produção de prova compete às instâncias ordinárias, não sendo possível no âmbito do recurso especial revisar esse entendimento, por demandar a análise dos elementos fático-probatórios dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes.

2. Por meio do entendimento firmado no do REsp 1.110.484/RN (representativo de controvérsia), "a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS." 3. Quanto à prescrição para o saque do FGTS, deve ser observado o que dispõe a Súmula 210/STJ, que estabeleceu o prazo prescricional de 30 (trinta) anos, dado a natureza jurídica não tributária da prestação.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴

Quanto aos juros de mora e a correção monetária, deve ser acolhida a irrisignação do Estado, uma vez que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, após a entrada em vigor da Lei 11.960/09, devem observar os critérios de atualização nela disciplinados.

No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza 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 nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

⁴ *AgRg no AREsp 172.553/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 03/08/2012.*

Nesse diapasão, apresento a jurisprudência da nossa Corte Superior:

VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). 1. O art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir ao período anterior a sua vigência. 2. "assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (resp 1.205.946/sp, Rel. Min. Benedito Gonçalves, corte especial, dje 2.2.2012). 3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, ao examinar a ADIN 4.357/df, Rel. Min. Ayres Britto. 4. A suprema corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública. 5. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa selic como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário. 6. Como o art. 1º-f da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 7. Tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. 8. O relator da ADIN no supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há

importante referência no voto vista do Min. Luiz fux, quando sua excelência aponta para o ipca (índice de preços ao consumidor amplo), do instituto brasileiro de geografia e estatística, que ora se adota. 9. No caso concreto, como a condenação imposta à fazenda não é de natureza 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 nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09, deverá ser calculada com base no ipca, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 10. Agravo regimental provido em parte. (STJ; AgRg-AREsp 261.596; Proc. 2012/0248555-1; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Castro Meira; DJE 22/08/2013; Pág. 351)

Frise-se, que, todavia, a referida lei não pode retroagir, não podendo ser empregada em período anterior à sua edição.

Em relação aos ônus sucumbenciais, devido ao resultado da celeuma jurídica - *em que o autor sucumbiu em menor parte* -, deve ser mantida a decisão de 1º grau que condenou o Estado em custas e honorários advocatícios.

Outrossim, mantenho o percentual fixado na sentença a título de honorários, eis que está respeitando o preconizado pelo art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Diante do exposto, com fundamento na autorização emanada pelo art. 557, §1º- A, do CPC, **PROVEJO, EM PARTE, O APELO DO AUTOR**, para condenar o Estado ao pagamento do FGTS do período pleiteado na petição inicial. Ato contínuo, **PROVEJO PARCIALMENTE O RECURSO APELATÓRIO DO ENTE ESTATAL**, apenas para aplicar a lei nº 11.960/2009 para o cálculo de juros de mora e correção monetária, observando-se a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09, conforme demonstrado acima, mantendo-se a sentença nos demais termos.

Intimem-se as partes.

Providências necessárias.

João Pessoa, 02 de junho de 2015.

Des. José Ricardo Porto
RELATOR

J/02
J/07R