



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001686-30.2013.815.0761 – Gurinhém
RELATORA : Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
1º APELANTE : Maria José Marinho Coutinho
ADVOGADO : Henrique Souto Maior
APELADO : Município de Caldas Brandão
ADVOGADO : Newton Nobel Sobreira Vita
2º APELANTE : Município de Caldas Brandão
ADVOGADO : Newton Nobel Sobreira Vita
APELADO : Maria José Marinho Coutinho
ADVOGADO : Henrique Souto Maior

1ª APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE – CONDENAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – SUBLEVAÇÃO – ALTERAÇÃO DA CONDENAÇÃO – FRAGILIDADE – PARTE VENCIDA QUE NÃO CORRESPONDE AO DECAIMENTO DA PARTE MÍNIMA – DESPROVIMENTO DO RECURSO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Considerando que houve sucumbência recíproca não há que se falar em transmutação do pagamento da verba honorária exclusivamente para um das partes, tendo em vista uma delas ter restado vencida parcialmente, mas não decaído da parte mínima do pedido.

2º APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – 13º SALÁRIO, SALÁRIOS RETIDOS E FÉRIAS PROPORCIONAIS ACRESCIDAS DE UM TERÇO – CABIMENTO – PROCEDÊNCIA PARCIAL – IRRESIGNAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO – ÔNUS DO RÉU – ART. 333. II DO CPC – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DE CORTE SUPERIOR – APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC – SEGUIMENTO NEGADO.

Comprovados o vínculo funcional, ainda que resultante de

nomeação para cargo em comissão, e, por conseguinte, da prestação de serviços, devido é o pagamento das verbas salariais, inclusive férias proporcionais acrescidas de um terço.

A comprovação de pagamento dessas verbas, constitui obrigação primária do ente público, sob pena de configurar enriquecimento ilícito do ente público, em detrimento do particular.

Vistos etc.

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por Maria José Marinho Coutinho e pelo Município de Caldas Brandão insurgindo-se contra a sentença (fls. 60/66) do Juízo de Direito da Comarca de Gurinhém, que julgou parcialmente procedente a Ação de Cobrança promovida por Maria José Marinho Coutinho contra o município em questão, condenando este a “pagar a parte autora as férias com acréscimos de 1/3 ao abono e ao décimo terceiro salário do período correspondente a 02 de janeiro de 2009 a 31 de outubro de 2012”, acrescidos dos consectários legais.

Nas razões recursais aduziu Maria José Marinho Coutinho a necessidade de ajuste nos honorários advocatícios, eis que não houve sucumbência recíproca, pois a decisão lhe foi inteiramente favorável, fls. 70/72.

Na apelação o Município de Caldas Brandão asseverou: 1) a autora não tem direito às verbas trabalhistas em questão, pois desempenhava cargo em comissão; 2) a contratação para cargo em comissão não gera vínculo empregatício, pois é de livre exoneração. Por fim, pugna pelo provimento do recurso, modificando a sentença, a fim de ser julgada improcedente a ação, fls. 73/79.

Intimada a autora/apelada para apresentar as contrarrazões, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, fls. 83/86.

Intimado o ente público para contrarrazões ao primeiro apelo, ficou inerte, fls. 102.

Parecer do Ministério Público opinando pelo desprovimento do Município de Caldas Brandão; provimento do apelo interposto pelo autor e provimento parcial da remessa, fls. 108/111.

É o relatório.

Decido.

A hipótese dos autos não demanda remessa oficial¹, por isso, a

¹ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

matéria será apreciada em sede de recursos voluntários.

1. DO RECURSO INTERPOSTO POR MARIA JOSÉ MARINHO COUTINHO.

O recurso apelatório interposto pela reside exclusivamente na alteração dos honorários advocatícios fixados, ao fundamento de inexistir sucumbência recíproca.

Com efeito, no que se refere à distribuição dos ônus sucumbenciais, é cediço que, nos termos do caput do art. 21 do Código de Processo Civil, em caso de sucumbência parcial de ambas as partes, as custas processuais e honorários advocatícios devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre elas.

Vejamos:

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Considerando que a ação foi julgada parcialmente, pois o pedido alusivo aos salários de outubro, novembro e dezembro de 2012 deixou de ser acolhido, é de se reconhecer que os honorários devem ser suportados pela parte autora e a parte ré.

A sentença foi clara ao mencionar: “[...] Assim, deve ser julgado improcedente o pedido das verbas salariais referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012”. Portanto, houve evidente sucumbência recíproca.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes. [...]

(AgRg no AgRg no REsp 1537853/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016)

[...]

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS. ART. 21 DO CPC.

1. Nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil, os honorários serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 1461400/RS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

Assim, tenho que a verba honorária fixada pelo juízo *a quo*, não merece reparo, pois a parte autora não obteve êxito de todos os seus pedidos e houve sucumbência recíproca.

Por isso, desprojevo o recurso interposto.

2. DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MUNICÍPIO

Sentenciando a Juíza de Direito julgou procedente em parte a ação de cobrança ajuizada por Maria José Marinho Coutinho contra o Município de Caldas Brandão. Condenou a edilidade ao pagamento das “férias com o acréscimo de 1/3 ao abono e ao décimo terceiro salário do período correspondente a 02 de janeiro de 2009 a 31 de outubro de 2012”.

Com efeito, em ações desta natureza, nas quais o servidor busca o recebimento de verbas salariais não quitadas, ao autor cumpre comprovar o vínculo contratual ou estatutário com a Administração Pública, e a prestação do serviço. A prova do pagamento da verba pretendida é ônus do réu, por constituir fato extintivo do direito do servidor.

No caso, o vínculo funcional entre as partes restou evidenciado pelos documentos de fls. 42, que indicam que a autora foi nomeada para o exercício do cargo em comissão de Assessor Especial do Município de Caldas Brandão em 2 de janeiro de 2009 e foi exonerada em 31 de dezembro de 2012 (fls. 49).

Durante a instrução não houve prova do réu/apelante de ter realizado o pagamento da verba pleiteada. Deveria ao menos ter diligenciado nos seus arquivos e anexado prova documental, a fim de demonstrar² o efetivo pagamento do *quantum* pleiteado³, ou então fazer prova de que não houve a prestação do serviço na forma explicitada na inicial. Se assim não o fez, experimenta o encargo do pagamento, pois o contracheque de fls. 47 não é referente ao décimo terceiro e nem consta o adicional de férias.

Nessas hipóteses, é válido evocar as lições de Nelson Nery

² (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00003349820138151161, - Não possui -, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA j. em 30-04-2015)

³ Art. 333 - O ônus da prova incumbe:(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Júnior, quando incisivamente dispõe que o réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas sim comprová-las, já que quando excepciona o juízo, nasce para o mesmo o ônus da prova dos fatos que alegar na contrariedade:

II: 9. Ônus de provar do réu. Quando o réu se manifesta (...) O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as conseqüências que pretende. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (reus in exceptione actor est).⁴

Outrossim, o fato de não ter o autor/apelado ingressado no serviço público, por meio de concurso público, tal circunstância não desnatura o seu direito, nem mesmo de receber as verbas postuladas.

O direito encontra respaldo no art. 37, inc. II, da CF/88, ao prevê o ingresso no serviço público, em casos excepcionais – cargos em comissão -, independentemente de participação em certame. Esta é exatamente a hipótese em tela:

Veja-se o teor do sobredito preceptivo legal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Assome-se, ainda, o fato de o art. 39, § 3º da Constituição Federal determinar a aplicação do disposto no seu art. 7º aos servidores públicos, ao consignar o direito a férias e adicionais aos servidores públicos, inclusive os que desempenham atividades, por vínculo de cargos demissíveis *ad nutum*.

Diz o art. 39. § 3º da CF:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das

⁴ *in*, Nelson Nery Júnior. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. e ampl., p. 836 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

autarquias e das fundações públicas.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Dentre as aplicações dos incisos do art. 7º da CF/88, está o direito da percepção de férias anuais remuneradas, acrescida de um terço dos vencimentos normais.

Veja-se o seu teor:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Assim, mesmo que o autor tenha sido nomeado para o exercício de cargo em comissão, de recrutamento amplo, tem direito ao recebimento das verbas pleiteadas, por se tratar de direitos sociais, indisponíveis por natureza.

A falta de pagamento das parcelas devidas configura enriquecimento sem causa em favor da Administração Pública; o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Afinal, houve prestação laboral.

A jurisprudência é pacífica não deixando margem qualquer de dúvida, senão vejamos:

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. **Cargo em comissão. Indenização de férias vencidas não gozadas.** Possibilidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 324656 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 02-03-2007 PP-00044 EMENT VOL-02266-04 PP-00769)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS. EXONERAÇÃO. PERÍODO NÃO USUFRUÍDO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - O servidor exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito, na proporção de um doze avos por mês de efetivo exercício, ou fração superior a quatorze dias. (...) Segurança concedida.

(MS 14.681/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/10/2010, DJe 23/11/2010)

Nesta Corte:

ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO COMISSIONADO. ADICIONAIS DE UM TERÇO DE FÉRIAS NÃO PAGOS. CONTESTAÇÃO DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO GOZO DE FÉRIAS. Ônus da autora para comprovação do fato constitutivo do seu direito. Procedência parcial do pedido. Apelação. Mérito. **Cargo em comissão.** Verbas rescisórias indevidas. Direito constitucional assegurado. Prova cabível à edilidade. Inteligência do art. 333, II, do CPC. Verba devida. (...) **É ônus do município provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do servidor ao recebimento das verbas salariais pleiteadas. O funcionário nomeado pela administração pública municipal para ocupar cargo em comissão, possui vínculo de natureza estatutária. O direito a férias é expressamente assegurado aos trabalhadores em geral. Art. 7º da CF, bem como aos servidores públicos, de acordo com o art. 39, §3º, também da CF.** Sendo o apelado vencido em parte mínima do pedido, responderá o apelante, por inteiro, pela sucumbência. (TJPB; AC 030.2007.002193-3/001; Pombal; Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira; DJPB 29/04/2010; Pág. 11)

Neste contexto, é indubitoso que o ato da edilidade representa frontal ofensa ao princípio juridicamente sedimentado de que o salário é direito de todo trabalhador (CF/88, art. 7º, IV, VI e X), decorrente de serviço por ele prestado, tratando-se, assim, de atitude abusiva e ilegal o não pagamento de verba salarial devida.

Com estas considerações, verifico que a sentença se encontra escorreita e em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte de Justiça e de Tribunal Superior, fazendo prescindir a apreciação do recurso pelo órgão fracionário.

Pelo exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC/1973⁵, nego seguimento ao apelo interposto por Maria José Marinho Coutinho e ao apelo do Município de Caldas Brandão.

P. I.

João Pessoa, 6 de maio de 2016.

Des.^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

g/04

⁵Aplica-se o art. 557 do CPC/1973, considerando que a decisão atacada foi publicada na sua vigência.