PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D Ã O

REEXAME NECESSÁRIO n.º 0000726-79.2015.815.0381
ORIGEM : 1ª Vara da Comarca de Itabaiana
RELATOR : Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
PROMOVENTE : Genivaldo da Silva Almeida
ADVOGADA : Gilmara Alves Barbosa Silva (OAB/PB 12.208)
PROMOVIDO : Município de Itabaiana

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – Reexame necessário – Ação ordinária de cobrança – Servidor público municipal – Cargo comissionado – Secretário Municipal – Pretensão diferença salarial – Retensão salarial parcial – Lei Municipal nº 552/2008 – Procedência – Ônus do réu (art. 373, II do CPC/2015) – Ausência de prova quanto ao adimplemento das verbas – Juros e correção monetária em face da Fazenda Pública – Incidência da norma do Art.1º-F da Lei nº 9.494/1997 com a redação dada pelo Art. 5º da Lei nº 11.960/2009 – Observância da modulação dos efeitos das ADI's 4.357 e 4.425 – Honorários nos termos da liquidação de sentença (art.85, § 4º, II do CPC) – Desprovimento.

– Os Cargos comissionados são uma das exceções ao princípio da acessibilidade dos cargos públicos mediante concurso público

de provas ou provas e títulos, foi criada para satisfazer as necessidades temporárias de excepcional interesse público, situações de anormalidades em regras incompatíveis com a demora do procedimento do concurso, (art. 37, IX, da CF).

– Constitui direito de todo servidor público, receber os vencimentos que lhe são devidos pelo exercício de sua função. Atrasando, suspendendo ou retendo o pagamento de tais verbas, sem motivos ponderáveis, comete o Estado, inquestionavelmente, ato abusivo e ilegal, impondo-se julgar procedente o pedido de cobrança.

– O Código de Processo Civil, em seu art. 373, estabelece que incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

- 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 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

– Sendo ilíquida a sentença proferida contra a fazenda pública, os honorários advocatícios devem ser arbitrados somente após a liquidação do título judicial, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC.

V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados,

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação uníssona, negar provimento ao reexame necessário, nos termos do voto do relator e da súmula de julgamento de folha retro.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de reexame necessário oriundo da sentença de fls. 21/24, prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Itabaiana que, nos autos da ação ordinária de cobrança, sob o nº. 0000726-79.2015.815.0381, promovida por **GENIVALDO DA SILVA ALMEIDA** em face do **MUNICÍPIO DE ITABAIANA**, julgou procedente a pretensão perseguida na inicial, para condenar a Edilidade promovida a pagar em favor do promovente as diferenças salariais do período de 07 de agosto de 2010 a 31 de dezembro de 2012, de acordo com a Lei Municipal nº 552/2008, deduzindo o que efetivamente foi pago e obedecendo a prescrição quinquenal. Acrecidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, e correção monetária, a partir da citação, na forma dos art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97 e da Lei 11.960/2009.

Condenou ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios, devendo ser definido o percentual quando da liquidação da sentença, isentando-o das custas nos termos do art. 29 do regimento de custas e emolumentos do Estado da Paraíba.

O autor ingressou com ação de cobrança aduzindo que exerceu o cargo em comissão de Secretário Municipal junto ao do município demandado, no período de 01 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012. Pleiteou o pagamento referente as diferenças salariais, que nunca recebeu o valor correto, que seria R$ 3.000,00 (três mil reais), conforme previsto no art. 3º da Lei Municipal nº 552/08. Informou ainda, que as diferenças não percebidas à época é no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) por mês.

Devidamente citado, o Município réu, não apresentou contestação (fl. 20).

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer, fls.32/35, opinando pelo prosseguimento do recurso apelatório sem manifestação do mérito.

É o que tenho a relatar.

V O T O

O ponto crucial da presente lide consiste em saber se o autor/apelante teria direito ao pagamento das diferenças salariais do período verberado e não comprovado nos autos.

Com efeito, como cediço, *"denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz respeito da existência de determinado fato"*[1].

Por sua vez, o Código de Processo Civil, em seu art. 373, estabelece que incube ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor. Veja-se:

> ***Art. 373.*** *O ônus da prova incumbe:*
>
> ***I -*** *ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
>
> ***II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.***

Entende-se por fato constitutivo aquele que origina a relação jurídica posta em juízo (*"res in iudicium deducta"*). Já o fato extintivo é aquele que põe fim à relação jurídica. O exemplo mais tradicional fornecido pela doutrina é o pagamento. Ao seu turno, o fato impeditivo refere-se a ausência de um dos requisitos de validade do ato jurídico, possuindo, assim, o condão de impedir as pretensões do direito do autor. Por fim, fato modificativo é aquele capaz de alterar a relação jurídica, como por exemplo, o pagamento parcial.

"In casu subjecto", o autor demonstrou o seu vínculo com o Município demandado (fl.08), tendo este se desincumbido do ônus que lhe competia, e ao Município fazer a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, de que adimpliu as verbas devidas ao promovente.

Sobre o assunto, este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba já decidiu:

> *REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. VERBAS SALARIAIS. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. QUINQUÊNIO. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO LOCAL. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA EDILIDADE. FÉRIAS SIMPLES. TERÇO CONSTITUCIONAL. VERBAS ILEGALMENTE RETIDAS. DIREITO*

[1] CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 12. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 397

ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO DA PERCEPÇÃO AO RESPECTIVO GOZO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. ART. 373, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESPROVIMENTO DO REEXAME OFICIAL. - ***Levando-se em conta que a alegação de adimplemento 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. - Não logrando êxito a Municipalidade em comprovar a sua adimplência, é de se considerar devido o pagamento da verba salarial pleiteada pela autora.*** *Precedentes desta Corte de Justiça. - É direito líquido e certo de todo servidor público perceber o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, nos termos do artigo 7º, XVII, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada. - As férias não podem ter seu gozo sujeito ao requeri (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013157920178150000, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO , j. em 10-10-2017)*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA DE COMPROVAR O ADIMPLEMENTO DOS TÍTULOS PLEITEADOS. AUSÊNCIA DE PROVAS. DESCUMPRIMENTO DO ART. 333, II, DO CPC. TERÇO CONSTITUCIONAL, CUJO PAGAMENTO DEVE SER REALIZADO INDEPENDENTE DO GOZO DAS FÉRIAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA MANTIDA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO QUE SE IMPÕE. 1. ***Em ação de cobrança, é ônus do Município comprovar o pagamento das verbas salariais. Não havendo essa comprovação, impõe-se a condenação do ente público****, como na espécie TJPB, Apelação Cível n° 035.2011.000.337-9/001, de minha relatoria, 1a Câmara Cível, DJPB 18/12/12. A comprovação da condição de funcionário é suficiente para a cobrança de verbas salariais retidas e não pagas, cabendo ao empregador o ônus de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, que afaste direito do empregado ao recebimento das parcelas pleiteadas TJPB, Decisão Monocrática na Apelação Cível n°. 021.2010.000.053-4/001, Relator Des. José Ricardo Porto, DJPB 05/10/2012. É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações*

foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve a prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório.TJPB, Remessa Oficial e Apelação Cível n° 02120090015500001, Relator Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, 3a Câmara Cível, j. em 12/07/2012. (...)[2]" (grifei)

Mais:

"APELAÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRETENSÃO AO PERCEBIMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRENCIA. APLICAÇÃO DO ART. 131, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. REJEIÇÃO. EMPENHO. INEXISTÊNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABIA À EDILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DA LEI PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. - Em determinadas situações, não se caracteriza a ocorrência do cerceamento do direito de defesa, quando o magistrado julgar a lide de imediato por já possuir elementos suficientes para o seu convencimento, haja vista ser ele o destinatário do acervo probatório. - É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve aprestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório." (TJPB - Acórdão do processo nº 09820110015991001 - Órgão (4ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DR. ONALDO ROCHA DE QUEIROGA - j. em 15/01/2013)

Ainda:

*"COBRANÇA. Servidor público. R**etenção injustificada de remuneração. Procedência da demanda.** Apelação Cível. Preliminar de prescrição quinquenal. Acolhimento. Fragilidade de provas. Provimento Parcial. "**Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Publica figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito Reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação**"*

[2]TJPB - Acórdão do processo nº 02120090015948001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator DESª MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA - j. Em 20/02/2013

(SÚMULA 85, STJ). Constitui ônus do réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, de acordo com o estabelecido no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil." (TJPB – 4ª Câmara, AP nº. 038.2005.000070-2/001, Rel. Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro, j. 21/02/200)

Também é de se assentir a aplicação aos servidores comissionados do art. 39, § 3º, da Constituição da República, que estendeu aos servidores públicos, sem qualquer distinção, alguns direitos sociais próprios dos empregados celetistas. A propósito:

Art. 39 – (omissis)
[...]
§ 3º - Aplica-se aos servidores públicos 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.

O servidor comissionado, como na espécie, faz jus aos direitos que são garantidos pela Constituição Federal a todo servidor. O município de Itabaiana não rebateu a prova colacionada pelo autor às fls.08/14, onde mostra-se indubitável a nomeação para exercer cargo comissionado, o vínculo laboral com as fichas financeiras dos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Desta forma, não há que ser modificada a sentença primeva no tocante ao período em que o promovente laborou de fato para o Município, sendo devidas as diferenças salariais.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, devem ser observados os parâmetros fixados pelo seu art. 5º, que deu nova redação ao citado art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, passando a dispor "in verbis":

Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Como é cediço, o Supremo tribunal Federal, por meio da ADI 4.357/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09.

Em face disso, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp. 1.270.439/PR, julgado pelo rito dos Recursos Repetitivos, firmou o seguinte entendimento:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.225-45/2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO.*
> *RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. AÇÃO DE COBRANÇA EM QUE SE BUSCA APENAS O PAGAMENTO DAS PARCELAS DE RETROATIVOS AINDA NÃO PAGAS.*
> *(...)*
> *VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).*
> *12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 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 a período anterior a sua vigência.*
> *13. "Assim, 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 (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 2.2.12).*
> *14. **O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.***
> *15. **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.*

16. 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.

17. ***Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 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.***

18. ***Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 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.***

19. 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.

20. ***No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária*** *- o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -,* **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 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.** *21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)"* (grifei)

Nessa linha, como a condenação imposta ao Município não é de natureza tributária e a demanda fora ajuizada após 29.06.2009, data em que a Lei nº 11.960/2009 entrou em vigor, alterando a

redação do art. 1º-F da Lei n 9.494/1997, os juros de mora devem ser calculados de acordo com os novos critérios fixados pelo art. 5º da Lei n.º11.960/09, ou seja, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, e não mais se utilizando o percentual de 6% (seis por cento) ao ano (0,5% ao mês). Quanto a correção monetária, prevê a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança, até a data de 25/03/2015, momento a partir do qual passou a incidir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser observado como índice o IPCA-E.

Com relação aos honorários advocatícios, deve-se aplicar, vez que, em se tratando de demanda em que restou vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios somente poderão ser fixados após a liquidação da sentença, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC.

Isenta a Fazenda Municipal do pagamento das custas processuais (art. 29 da Lei Estadual nº 5.672/1992).

DISPOSITIVO

Por tais razões, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao reexame necessário, mantendo em todos os seus termos a sentença vergastada de fls. 21/24.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Luís Silvio Ramalho Júnior e o Exmo. Dr. Carlos Eduardo Leite Lisboa, juiz convocado com jurisdição plena, em substituição ao Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 21 de novembro de 2017.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator