



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000709-14.2013.815.0381.

Origem : *Vara Única da Comarca de Gurinhem.*

Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*

Apelante : *Cláudio César Silva de Melo.*

Advogado : *Marcos Edson de Aquino (OAB/PB nº 15.222)*

Apelado : *Município de Salgado de São Félix.*

Advogado : *Mabel Amorim Costa (OAB/PB nº 18.853).*

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE CONTRATUAL. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. COMPROVADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FÉRIAS, TERÇO CONSTITUCIONAL E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. DESNECESSIDADE DO EFETIVO GOZO DE FÉRIAS. ÔNUS DO ENTE MUNICIPAL. ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. OBSERVÂNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997 COM A REDAÇÃO DADA PELO LEI Nº 11.960/2009 NO ÂMBITO DOS JULGAMENTOS DAS ADI'S 4357 E 4425. PROVIMENTO DO APELO.

- Não há que se falar em nulidade do vínculo instado entre o autor e o município, em virtude da ausência de concurso público, uma vez que, nos termos da Constituição Federal, os cargos em comissão, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, são de livre provimento e exoneração pela administração.

- O décimo terceiro salário e o gozo de férias

remuneradas, com o acréscimo de, ao menos, um terço do seu valor, constituem direitos sociais assegurados a todos trabalhadores, por força da previsão do art. 39, §3º, da Constituição Federal.

- O pagamento do terço de férias prescinde de seu usufruto. Em verdade, trata-se de direito adquirido do servidor que adere ao seu patrimônio jurídico, após o transcurso do período aquisitivo.

- Inexistindo prova do pagamento da totalidade das verbas pleiteadas na petição inicial, a procedência da demanda é medida que se impõe, face à natural inversão do ônus da prova, decorrente da evidente posição de fragilidade probatória do autor em face ao Município, citando-se a máxima de que *“é o pagador que tem obrigação de provar o pagamento”*.

- Em condenações em face da Fazenda Pública, deve-se observar a incidência de juros de mora da seguinte forma: a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009 até 25/03/2015; e d) percentual de 0,5% ao mês a partir de 25/03/2015.

- Quanto à correção monetária, deve-se observar a aplicação do INPC até a entrada em vigor do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, após a qual se deve aplicar a respectiva redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que 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.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDA a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, dar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Cláudio César Silva**

de Melo em face da sentença (fls. 56/60) proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Itabaiana que, nos autos da “Ação de Cobrança” ajuizada em face do **Município de Salgado de São Félix** julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Na peça de ingresso (fls. 02/04), o autor relatou, em suma, que exerceu os cargos em comissão de Diretor de Contabilidade e Finanças e de Diretor de Departamento de Finanças Públicas, no período compreendido entre maio de 2009 e novembro de 2012.

Destacou que nunca lhe foram pagos as férias acrescidas do terço constitucional de todo o período laborado, assim como o décimo terceiro salário proporcional do ano de 2012.

Contestação apresentada pelo Município (fls. 41/46), alegando, em síntese, que “*não encontrou em seus arquivos municipais, nenhum documento comprobatório dos pagamentos efetuados ao promovente*”. Alegou, ainda, que o autor não teria demonstrado a efetiva prestação dos serviços à edilidade.

Réplica impugnatória apresentada (fls. 50).

Intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir, a edilidade informou não ter interesse na produção probatória (fls. 54), ao passo que o autor ficou-se silente (fls. 55).

Sobreveio, então, sentença de improcedência da demanda.

Inconformado, o autor interpôs Recurso Apelarório (fls. 68/73), sustentando que, ao revés do que fora consignado em sede de sentença, o vínculo mantido com a edilidade não era por meio de contrato temporário de trabalho por excepcional interesse público, mas sim por meio de cargo comissionado.

Neste contexto, alega que “*não se está discutindo contrato nulo, uma vez mais, hipótese ventilada pelo I. Juízo a quo, porém, cargo de provimento em comissão (de livre nomeação e exoneração)*”.

Por fim, pugna pelo provimento do apelo, para que a sentença seja reformada, julgando-se procedente o pleito exordial.

Contrarrazões apresentadas (fls. 75/90), pleiteando o desprovimento da apelação.

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça, opinou pelo prosseguimento do feito sem manifestação meritória (fls. 82).

É o relatório.

VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade do apelo, deste

conheço, passando à análise de seus argumentos.

Na peça de ingresso, o autor afirmou ter sido nomeado para exercer os cargos em comissão de Diretor de Contabilidade e Finanças e de Diretor de Departamento de Finanças Públicas, no período de maio de 2009 a novembro de 2012. Alegou, contudo, não ter recebido as férias de todo período laborado e o décimo terceiro salário proporcional do ano de 2012.

Pois bem. Inicialmente, há se afastar a nulidade contratual reconhecida por sentença. Isso porque a contratação de servidor público após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice em seu art. 37, II e § 2º, salvo quando se tratar de **cargo comissionado** criado por lei, por ser ele de livre nomeação e exoneração, ou de **temporário**, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Assim, nos termos da Constituição Federal, os cargos em comissão, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, são de livre provimento e exoneração pela administração, prescindindo, assim, de concurso público.

In casu, o recorrido exerceu cargo em comissão de Diretor de Contabilidade e Finanças e de Diretor de Departamento de Finanças Públicas, conforme faz prova os contracheques e as portarias colacionadas aos autos (fls. 07/14), tendo sido nomeado em 04 de maio de 2009 e exonerado em 01 de novembro de 2012. Logo, não há que se falar em nulidade contratual.

Com relação às férias acrescidas do terço constitucional do período compreendido entre maio de 2009 e novembro de 2012, bem como 13º proporcional de 2012, entendo que, também neste ponto, a sentença merece reforma.

Sabe-se que, para o pagamento do terço de férias, revela-se prescindível o seu usufruto. Em verdade, trata-se de direito adquirido do servidor que adere ao seu patrimônio jurídico, após o transcurso do período aquisitivo.

Neste sentido, julgados desta Corte de Justiça :

“APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. RETENÇÃO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. FÉRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. COMPROVAÇÃO DO GOZO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO ELIDIDA PELO ENTE MUNICIPAL. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR. VERBA DEVIDA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. MATÉRIA REGULADA POR

LEI ORGÂNICA. BENEFÍCIO QUE DEVE SER DEFERIDO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO. De acordo com o entendimento sufragado no re nº 570.908/RN, que teve repercussão geral reconhecida, **o pagamento do terço constitucional de férias não depende do efetivo gozo desse direito, tratando-se de direito do servidor que adere ao seu patrimônio jurídico, após o transcurso do período aquisitivo.** Adicional por tempo de serviço é uma vantagem pecuniária concedida pela administração aos servidores, se destinando a recompensar os que mantiverem por certo tempo no exercício do cargo e, havendo previsão legal, deve-se reconhecer como devido o pagamento desse benefício. Tratando-se de ação de cobrança de remuneração intentada por servidor público, opera a inversão do onus probandi, cabendo à administração pública colacionar documentos hábeis capazes de modificar ou extinguir o direito da autora de receber as quantias pleiteadas na exordial”.

(TJ-PB; AC 018.2009.002258-5/001; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho; DJPB 12/04/2013; Pág. 10)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. Servidor público municipal. Ação de cobrança. Pagamento do terço constitucional de férias. Desnecessidade de gozo efetivo das férias. Precedente do STF. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Adequação. Provimento parcial da remessa oficial e da apelação cível. O STF, em julgamento do re nº 570.908/rn, que teve a repercussão geral reconhecida, decidiu que o pagamento do terço constitucional de férias não depende do efetivo gozo desse direito, tratando-se de direito do servidor que adere ao seu patrimônio jurídico após o transcurso do período aquisitivo”.

(TJ-PB; Proc. 018.2006.003698-7/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; DJPB 26/03/2013; Pág. 12).

Quanto à gratificação natalina (décimo terceiro salário), trata-se, da mesma forma do terço de férias, de direito assegurado pela Constituição Federal, sendo, pois, devido àquele que comprova regular vínculo e efetiva prestação de serviço, com o ente municipal.

No caso em apreço, verifico que a edilidade não se desincumbiu de demonstrar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a teor do revisto no art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da instrução do feito, inexistindo, portanto,

prova em contrário ao direito do promovente.

Na hipótese, a pretensão da demandante apenas seria afastada se a edilidade comprovasse, cabalmente, o adimplemento de tais valores, o que não ocorreu nos presentes autos.

Destaca-se, oportunamente, a natural inversão do ônus da prova, decorrente da evidente posição de fragilidade probatória do autor em face ao Município, citando-se a máxima de que “*é o pagador que tem obrigação de provar o pagamento*”.

Neste ínterim, evocamos a vedação do enriquecimento ilícito, princípio basilar do direito pátrio, a coibir quaisquer vantagens ou acréscimo de bens em detrimento de outrem, sem uma justa causa.

No caso posto, não pode o município locupletar-se às custas da exploração da força de trabalho humano, devendo, pois, ressarcir, a título de contraprestação, as quantias devidas e não pagas referentes as férias acrescidas do terço constitucional dos anos de 2009 (proporcional), 2010, 2011 e 2012 (proporcional), bem como 13º salário proporcional de 2012.

- Dos Juros e Correção Monetária

Quanto à aplicação de juros e correção monetária em face da Fazenda Pública, destaca-se que a situação em análise se enquadra no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 – com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009 –, devendo-se, pois, observar os índices oficiais da remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Observe-se, ainda, que a Lei nº 11.960/2009 não pode retroagir, ou seja, incabível a sua aplicação em período anterior à sua vigência, consoante entendimento jurisprudencial do Tribunal da Cidadania, abaixo transcrito:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º DA LEI N. 11.960/2009. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC. OMISSÃO QUE SE VERIFICA. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM

EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

2. *O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.205.946/SP, sob o rito do art. 543-C, assentou que as normas disciplinares dos juros de mora possuem natureza eminentemente processual, devendo ser aplicadas aos processos em curso, em atenção ao princípio tempus regit actum. Precedentes.*

3. *Caso em que os juros de mora devem incidir da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/8/2001, data de publicação da MP n. 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n. 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n. 11.960/2009.*

(...)

(STJ/EDcl nos Edcl nos Edcl no AgRg no REsp 957810/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 17/09/2013).(grifo nosso).

Tal entendimento deve-se coadunar com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art.1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, tomada no âmbito dos julgamentos das ADI's 4357 e 4425.

A Suprema Corte decidiu, em modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, que: “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários” (Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425).

Assim sendo, tem-se que, em condenações em face da Fazenda Pública, deve-se observar a incidência de juros de mora da seguinte forma: a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009 até 25/03/2015; e d) percentual de 0,5% ao mês a partir de 25/03/2015.

Quanto à correção monetária, deve-se observar a aplicação do

INPC até a entrada em vigor do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, após a qual se deve aplicar a respectiva redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que 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.

- Conclusão

Ante o exposto, com fundamento nos argumentos acima aduzidos, **DOU PROVIMENTO AO APELO**, para o fim de reformar a sentença, julgando a demanda procedente, a fim de condenar a edilidade promovida ao pagamento das férias acrescidas do terço constitucional dos anos de 2009 (proporcional), 2010, 2011 e 2012 (proporcional), bem como 13º salário proporcional de 2012. Devendo-se observar a incidência de juros da seguinte forma: a) percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; b) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009 até 25/03/2015; e c) percentual de 0,5% ao mês a partir de 25/03/2015. Com relação à correção monetária, deve-se fazer incidir o INPC até a entrada em vigor do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, após a qual se deve aplicar a respectiva redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que prevê a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança, até o dia 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 a partir de então o IPCA-E.

Diante do novo desfecho, inverte os ônus sucumbenciais, condenando o Município de Salgado de São Félix ao pagamento de honorários advocatícios, incluídos os recursais, no percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação nos termos do art. 85, §3º, I c/c §11.

É COMO VOTO.

Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, relator, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos e o Exmo. Des. Luís Silvio Ramalho Júnior. Presente ao julgamento, o Exmo. Dr. Francisco Antônio de Sarmiento Vieira, Promotor de Justiça, convocado. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 03 de outubro de 2017.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator