



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000365-54.2013.815.0471 - Aroeiras

RELATORA : Des.^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

APELANTE : Maria Trifonia Muniz

ADVOGADO : Patrícia Araújo Nunes (OAB/PB nº 11.523)

APELADO : Município de Aroeiras

ADVOGADO : Antônio de Pádua Pereira (OAB/PB nº 8.147)

RECURSO ADESIVO

RECORRENTE : Município de Aroeiras

ADVOGADO : Antônio de Pádua Pereira (OAB/PB nº 8.147)

RECORRIDO : Maria Trifonia Muniz

ADVOGADO : Patrícia Araújo Nunes (OAB/PB nº 11.523)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PROCEDÊNCIA PARCIAL – SERVIDOR MUNICIPAL – VERBA SALARIAL – PROVA DO VÍNCULO – REQUISITO NÃO ATENDIDO INTEGRALMENTE – FATO CONSTITUTIVO DE DIREITO NÃO COMPROVADO – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – INÉRCIA – CONTRATO DECLARADO NULO – REPERCUSSÃO GERAL – DIREITO SALDO DE SALÁRIO E FGTS – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

A distribuição do ônus da prova repousa, principalmente, na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. Assim, incumbe ao autor a produção de prova hábil a demonstrar o fato constitutivo de seu direito, conforme artigo 333, I, do CPC.

Restando provado que a autora não demonstrou o vínculo laboral de todo o período que pleiteia o pagamento da verba salarial, de forma escorregada o julgador apenas deferiu parte do pedido, no interregno correspondente ao vínculo estabelecido entre partes.

RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE COBRANÇA – NULIDADE DA CONTRATAÇÃO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – PRECEDENTE DO STF – JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL – RE

705.140/RS – DIREITO AOS DEPÓSITOS DE FGTS – PERÍODO TRABALHADO E NÃO PRESCRITO – SEGUIMENTO NEGADO AO RECURSO – INTELIGÊNCIA DO ART. 557 DO CPC.

Consoante orientação proclamada pelo STF, em sede de repercussão geral (RE 705.140/RS), a contratação declarada nula não gera quaisquer efeitos jurídicos, a não ser o pagamento do saldo de salários pelo período laborado e dos valores correspondentes aos depósitos de FGTS.

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

Vistos etc.

Trata-se de Apelação Cível e de Recurso Adesivo interpostos, respectivamente, por Maria Trifonia Muniz e pelo Município de Aroeiras, insurgindo-se contra a sentença (fls. 53/56) do Juízo de Direito da Comarca de Aroeiras, que julgou parcialmente procedente a Ação de Cobrança promovida pela apelante contra o Município de Aroeiras, por entender que a autora não conseguiu provar o vínculo empregatício em todos o período que postula a verba salarial. Condenou a municipalidade no pagamento de férias(2012) e décimo terceiro de 2011 e 2012.

A apelante irrisignada aduz que o ônus da prova incumbe ao réu, porquanto não comprovou o pagamento das verbas postuladas. Além disso, jus a receber a verba salarial de férias, do seu adicional, décimo terceiro salário, depósito do FGTS, aviso prévio, por todo o período trabalho, de 2009 a 2012, e não como posto na sentença. Postulou ainda, a concessão da Justiça Gratuita.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, modificando a sentença, a fim de ser julgada procedente a ação, fls. 58/64.

Intimada o apelado para apresentar as contrarrazões, manifestou pelo desprovimento do apelo, fls. 69/73.

Recurso adesivo, fls. 74/78, em que aduz a nulidade do contrato, pois o ingresso não ocorreu por meio de concurso público, não ensejando o direito a verba salarial.

Contrarrazões ao recurso adesiva, postulando pelo seu desprovimento, fls. 82/88.

A Procuradoria de Justiça, em parecer, pugna pelo desprovimento do apelo, provimento parcial do recurso adesivo e da remessa, fls. 95/99.

É o relatório.

DECIDO.

Apelante que litiga sob os benefícios da Justiça Gratuita, conforme deferido às fls. 16.

Insurge-se a parte autora em face de sentença proferida na Ação de Cobrança que julgou parcialmente procedente o pedido, por entender que a autora não provou o vínculo, conforme explicitado na exordial, a vista de informar que desde 2009 trabalhava para o Município em questão.

Na sublevação recursal aduz os fundamentos descritos no relatório supra, destacando, entretanto, a assertiva de trabalhar para a municipalidade desde janeiro de 2009, por isso faz jus as verbas então pleiteadas.

Infere-se dos autos que a autora/apelante era servidora do Município de Aroeiras, exercendo o cargo de Auxiliar de Serviços, no período que requer o pagamento janeiro/2009 a janeiro/2013. Ou seja, restou provado o fato constitutivo de seu direito, mas não na integralidade.

De outra vertente, o município apelado esclarece que o vínculo não ocorreu da forma como narrado, mas sim, de dezembro/2001 a dezembro/2012

Partindo-se dessas premissas, ou seja, do dever de remunerar ser imposto à edilidade e do exercício do trabalho pelo servidor, deve-se estabelecer o balizamento do que fora devidamente comprovado, atendendo à dinâmica da distribuição do ônus da prova fixada no CPC, diante da alegada ausência de pagamento das verbas.

Como dito, nos autos constam documentos que demonstram a existência do vínculo empregatício entre o Município e a servidora. Deste modo, ocorre uma natural inversão do ônus da prova, impondo-se à edilidade demonstrar que pagou regularmente as verbas pleiteadas ou que não tenha a autora desenvolvido regularmente suas atividades.

Nesse tom, verifico que o apelado conseguiu apresentar a existência de fato que obsta o direito do autor, pois, de fato, não há prova do trabalho ou mesmo do vínculo empregatício.

Aliás, os contracheques juntos pela autora/apelante esclarecem que a data da admissão ocorreu em 01 de dezembro de 2011, data que se coaduna com os registros constantes nas fichas financeiras.

Nessa perspectiva, não há como entender que o vínculo seja anterior, pois o depoimento da autora, não tem o condão de alterar ou invalidar a prova documental colacionada.

Como bem realçado na sentença, “pela análise dos demonstrativos de salários, de fls. 09/13, bem como, das fichas financeiras de fls. 39/40, observa-se como datas de admissão e de desligamento da parte autora, respectivamente 01/12/2011 e 31/12/2012. Logo, não logrou a mesma êxito em demonstrar que

durante os anos de 2009, 2010 e 2013, bem como os meses de jan a nov/2011, manteve vínculo jurídico com o município réu [...].”

Por isso, em razão da ausência de prova do vínculo laboral, tornou-se inviável o pagamento das verbas, vez que não conseguiu provar fato constitutivo suficiente para ter os valores pretendidos, exceto de 01/12/2011 e 31/12/2012, período em que já houve condenação da edilidade, de férias e de décimo terceiro.

A propósito, quanto ao ônus da prova, o artigo do Código de Processo Civil/1973 é incisivo:

Art. 333 - 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.

O legislador adotou método aparentemente simples de atribuição do encargo probatório a cada uma das partes, mas que encobre não poucas dificuldades; em princípio cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária (inciso II).

Por fatos constitutivos do direito - não importando de qual parte -, devem ser entendidos aqueles tomados como base para a afirmação de um direito de que se imagine ela titular, e que pretenda ver reconhecido em juízo. Já quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, impõe-se maior cautela, pois não se confundem eles com a mera negativa dos fatos aduzidos pela parte adversa.

Diante disso, nos autos em comento, incumbia à sublevante a demonstração do direito do qual sustentava ser titular e que pretendia ver reconhecido em juízo, o que não ocorreu. Por isso, não podem ser acolhidas suas pretensões, conforme decidiu o Magistrado *a quo*.

A propósito:

[...] 2. É entendimento desta Corte que cabe à autora da demanda a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, ainda no curso do processo de conhecimento, ficando postergada para a fase de liquidação da sentença tão somente a apuração dos valores devidos.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1171077/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RESTITUIÇÃO. ART.333 DO CPC. ÔNUS DA PROVA. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Cabe aos autores o ônus da prova do fato constitutivo do direito e compete à ré constituir prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito reclamado.[...] ”¹

¹ REsp 728.636/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.04.2005, DJ 13.06.2005 p. 282

Com relação a temática apresentada do pagamento do FGTS, e rebatida no recurso adesivo, faço os devidos esclarecimentos:

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de recurso (RE 705.140/RS) submetido à sistemática da repercussão geral (art. 543-B, CPC) – *na linha do que já proclamara no RE 596.478, também submetido à sistemática da repercussão geral* – que a contratação considerada nula, por violação à exigência do ingresso no serviço público através de concurso, não gera efeitos jurídicos, **salvo a percepção do saldo de salário (correspondente ao período laborado) e ao levantamento de depósitos de FGTS**, nos seguintes termos:

[...] a Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o **direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.**

Eis a ementa do *decisum*:

CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO.

1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprova severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido.²

Nessa perspectiva, como declarada a nulidade do contrato a autora tem direito as verbas reconhecidas no RE citado.

Todavia, ainda que a sentença assim tenha entendido, deve ser parcialmente reformada, por não estar alinhada ao entendimento das Cortes

² STF - RE 705140, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014.

Superiores no sentido de acolher a súplica da parte autora referente ao pagamento do FGTS, respeitada a prescrição quinquenal³.

Ressalto que a Suprema Corte também asseverou que o referido paradigma (que garantiu os depósitos de FGTS e o pagamento dos saldos de salários em casos de contratos nulos) é aplicável, mesmo quando o vínculo declarado nulo tenha natureza jurídico-administrativa, como na hipótese dos autos, em que a contratação aconteceu sob o pretexto de atendimento a excepcional interesse público. Nesse sentido:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. Contratação temporária. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Contrato por tempo indeterminado e inexistência de excepcional interesse público. Nulidade do contrato. 4. Efeitos jurídicos: pagamento do saldo salarial e levantamento de FGTS. Precedentes: RE-RG 596.478, red. do acórdão Dias Toffoli, e RE-RG 705.140, rel. min. Teori Zavascki. 5. **Aplicabilidade dessa orientação jurisprudencial aos casos de contratação em caráter temporário pela Administração Pública.** Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴

In casu, a parte apelante comprovou o vínculo de dezembro de 2011 a dezembro de 2012, razão pela qual deve ser admitido esse lapso como prazo correspondente ao período em que deveriam ter sido realizados os depósitos do FGTS, não alcançado pela prescrição quinquenal.

Em relação ao aviso prévio, por ser verba trabalhista, não deve incidir nos contratos de prestação de serviço, com natureza administrativa.

Assim, concluindo a apreciação do recurso, com base no art. 557, §1º-A do CPC/1973⁵, dou provimento parcial ao apelo para condenar o Município de Aroeiras no pagamento do depósito referente ao FGTS⁶, no período de dezembro de 2011 a dezembro de 2012, mantendo-se a sentença nos demais aspectos. Por óbvio, não há como se acolher a tese do recurso adesivo, exatamente por ser oposta a tal firmamento, razão pela qual nego-lhe seguimento.

³ **Sobre o ponto relativo ao acolhimento da prescrição quinquenal, limitando a condenação ao período não prescrito, esta relatoria acosta-se ao decidido no aresto a seguir ementado:** Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

⁴STF - RE 863125 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015.

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

⁶ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO TEMPORÁRIO DECLARADO NULO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FGTS. OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO.

1. Esta Corte Superior possui entendimento de que o servidor público, cujo contrato temporário de natureza jurídico-administrativa foi declarado nulo por inobservância do caráter transitório e excepcional da contratação, possui direito aos depósitos do FGTS correspondentes ao período de serviço prestado, nos termos do art. 19-A da Lei n. 8.036/90.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 828.951/MT, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Juros de mora, a partir da citação, com índices previstos no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 (observando-se as suas alterações pela MP 2.180-35, de 24.08.2001 e pela Lei n. 11.960, de 30.6.2009).

Correção monetária, a contar de cada parcela devida, pelo INPC, até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, e, posteriormente, com base nos “índices de remuneração básica da caderneta de poupança”⁷ até o dia 25.03.15, marco após o qual, os créditos deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ao tempo do efetivo pagamento, em razão da decisão do STF nas ADIs 4357 e 4425 e sua respectiva modulação de efeitos.

Honorários advocatícios mantidos nos termos da sentença, diante da sucumbência recíproca, suspensa a exigibilidade à autora, dada a assistência judiciária deferida.

P. I.

João Pessoa, 13 de fevereiro de 2017.

Des.^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

g/04

⁷ Art. 1º-F da Lei nº 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.