



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

A C Ó R D ã O

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL nº 0000752-11.2014.815.0091

RELATOR : Miguel de Britto Lyra Filho, juiz convocado em substituição ao Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

APELANTE 01 : Any Shirly Araújo Xavier

ADVOGADO : Marcos Dantas Vilar

APELANTE 02 : Estado da Paraíba

PROCURADOR : José Morais de Souto Filho

APELADOS : Os mesmos

REMETENTE : Juízo da Comarca de Taperoá

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – Ação ordinária de cobrança – Servidor estadual – Investidura sem prévia aprovação em concurso público – Contrato nulo – Procedência parcial no Juízo de primeiro grau – Irresignação das partes – Adicional de insalubridade – Indevido – Possibilidade do pagamento do FGTS e do saldo de salário – Súmula nº 363 do TST e do art. 19-A da Lei nº 8.036/90 – Desprovidimento.

– O contrato de trabalho, ainda que nulo, pactuado com Ente público, em função da inobservância da regra constitucional que estabelece prévia submissão a concurso público, permite ao trabalhador apenas o levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a título de indenização e os dias efetivamente laborados, não tendo que se falar em direito à percepção de adicional de insalubridade.

– O réu deve comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, nos termos do que preleciona o inciso II do art. 373 do CPC/15, não tendo comprovado o adimplemento das verbas pleiteadas, têm o autor direito ao pagamento.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos da apelação cível em que figuram como partes as acima mencionadas.

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

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame necessário e apelações cíveis interpostas por **ANY SHIRLEY ARAÚJO XAVIER e pelo ESTADO DA PARAÍBA**, hostilizando a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Taperoá, nos autos da “ação de cobrança – reclamação trabalhista”.

O MM. Juiz de piso julgou procedente em parte os pedidos, considerando nulo o contrato de trabalho, concedendo o FGTS relativo ao período de 09/01/2009 a 31/01/2013 e saldo de salário referente aos meses de dezembro/2012 e janeiro/2013, devendo a quantia ser acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação. Condenou ainda a parte promovida ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Embargos à execução, fls.95/97.

Sentença que rejeitou os embargos, fls.98/99-v.

Apelação interposta pela autora, aduzindo ser devido o adicional de insalubridade de acordo com a Lei ordinária estadual nº 6.568/97, devendo a sentença ser reformada nesse tocante e mantida nos demais termos. (fls.102/105)

O Estado da Paraíba também ofereceu apelação, fls.108/112) verberando ser nulo o contrato de trabalho e pela improcedência total da ação.

Contrarrazões da parte autora, fls.116/121.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer, fl.128, opinando pelo prosseguimento dos recursos sem manifestação de mérito.

É o relatório.

VOTO

Compulsando o álbum processual, constata-se que, de fato, a promovente exerceu suas funções como enfermeira para o município demandado, como demonstram os contracheques anexados. Desse modo, comprovado o vínculo jurídico entre a promovente e o município em questão. É certo que o vínculo existente o é estatutário e não o celetista.

Medauar:

Conforme ensina a doutrinadora Odete

“O regime estatutário é aquele em que direitos, deveres e demais aspectos da vida funcional do servidor estão contidos basicamente numa lei denominada estatuto; o estatuto pode ser alterado no decorrer da vida funcional do servidor, independentemente da sua anuência, ressalvados os direitos adquiridos; o servidor não tem direito a que seja mantido o Estatuto que existia no momento de seu ingresso nos quadros da administração. O Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional dos ocupantes de cargo em comissão, quanto a estes, no que for compatível com este tipo de cargo. No regime celetista os servidores têm seus direitos e deveres norteados, nuclearmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso, recebem a denominação de empregados públicos, numa analogia ao setor privado, em que se usam os termos empregado-empregador. Assim, emprego público é o regime de todos os que trabalham nas empresas públicas e sociedade de economia mista, conforme determina o art. 137, §/º, II, da Constituição Federal. Nos Estados e Municípios que não adotaram regime único estatutário, há servidores contratados pela CLT na Administração Direta, nas autarquias e fundações públicas.”

Ademais, o vínculo estabelecido com a servidora foi o contrato excepcional com o Poder Público, devendo o referido pacto estabelecer quais vantagens o contratado possui. E, caso assim não proceda à administração, no máximo, poderá ser considerado o firmamento nulo, apenas possuindo a servidora, nos termos em que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, o recebimento dos salários referentes aos dias trabalhados e ao depósito do FGTS. Nesse sentido, vejamos:

“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.”

(STF. RE 863125 AgR / MG – MINAS GERAIS. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. em 14/04/2015).

“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 reprovava 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.” (STF. RE 705140 /RS - RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. J. em 28/08/2014).

O magistado primevo condenou o Município ao pagamento do saldo de salário e do recolhimento do FGTS, ante à decretação de nulidade do contrato de trabalho. É sabido que, em atenção ao artigo 373 do CPC/2015, ao autor compete a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Tecendo comentários sobre o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade afirmam que:

"A palavra vem do latim, onus, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte".

Nessa mesma esteira de pensamento, preleciona Ovídio Baptista da Silva:

"Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes".

O processualista **NELSON NERY JÚNIOR** é incisivo ao dispor que o réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas, sim, comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, nos termos do que preleciona o inciso II do art. 373 do CPC. Veja-se:

“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 consequências que pretende.”¹

Tendo a edilidade ré se desimcubido de juntar provas de quitação das verbas pleiteadas, não vê-se argumentos fáticos de que tenha a autora percebido o saldo de salário.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, **nega-se provimento aos recursos apelatórios e ao reexame necessário**, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e o Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

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

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

Miguel de Britto Lyra Filho
Relator

¹ Nelson Nery Júnior. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. e ampl., p. 836 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.