



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

ACÓRDÃO

REEXAME NECESSÁRIO, APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO n.º
0000728-94.2014.815.0151

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

APELANTE : Município de Conceição

ADVOGADO : Joaquim Lopes Vieira – OAB/PB 7539-PB

APELADO : Lucilene Nunes de Oliveira

ADVOGADO : Braz Oliveira Travassos Quarto Netto – OAB/PB 18.452

RECORRENTE : Lucilene Nunes de Oliveira

ADVOGADO : Braz Oliveira Travassos Quarto Netto – OAB/PB 18.452

RECORRIDO : Município de Conceição

ADVOGADO : Joaquim Lopes Vieira – OAB/PB 7539-PB

REMETENTE : Juízo da 1ª Vara de Conceição

PROCESSUAL CIVIL – Reexame necessário e Apelação Cível – Preliminar – Contrarrazões – Litigância de má-fé – Não configuração – Exercício do direito de recorrer – Rejeição.

- Não restou comprovado os requisitos previstos na legislação processual para fixação das penas por litigância de má-fé, uma vez que o recorrente/réu não praticou qualquer conduta reprovável ou ilegal, mas tão somente exerceu a sua faculdade de recorrer da r. sentença.

CONSTITUCIONAL **E**
ADMINISTRATIVO – Reexame necessário e apelação cível – Ação de

cobrança – Procedência parcial - Servidora municipal – Comprovação – Fato constitutivo – Art. 333, I, do CPC - Investidura sem prévia aprovação em concurso público – Contrato por prazo determinado – Renovações sucessivas – Contrato nulo – Autor que não faz *jus* à percepção de 13º salários e férias acrescidas do terço constitucional - Direito à percepção dos valores referentes aos saldos de salários - Precedente do STF julgado sob a sistemática da repercussão geral – RE 705.140/RS - Prova do pagamento - Ônus do promovido – Art. 333, I, do CPC – Ausência de comprovação – Reforma parcial da sentença – Provimento parcial.

- A contratação por prazo determinado é uma exceção ao princípio da acessibilidade dos cargos públicos mediante concurso público de provas ou provas e títulos e foi criada para satisfazer as necessidades temporárias de excepcional interesse público, situações de anormalidades em regra incompatíveis com a demora do procedimento do concurso (art. 37, IX, da CF).

- As sucessivas prorrogações do contrato da autora não se compatibilizam com a norma constitucional que exige tempo determinado, bem como a ausência de especificação da contingência fática que evidenciaria a situação de emergência da contratação também é incompatível com a CF.

- A respeito dos direitos dos servidores contratados pela Administração Pública sem observância ao art. 37, II, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, decidiu que tais servidores fazem *jus* apenas ao recebimento dos salários referentes aos dias efetivamente trabalhados e ao depósito do FGTS.

- 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. 333 do CPC.

CONSTITUCIONAL **E**
ADMINISTRATIVO – Ação de cobrança – Procedência parcial – Apelação cível interposta pelo Município - Recurso adesivo - Parte autora – Adicional noturno – Não comprovação – Fato constitutivo – Art. 333, I, do CPC – Desprovimento.

- o Código de Processo Civil, em seu art. 333 (art. 373/CPC/2015), 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.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos da apelação cível e reexame necessário 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, rejeitar a preliminar e dar provimento parcial ao reexame necessário e recurso de apelação, bem como negar provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do relator e de súmula de julgamento de folha retro.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por **LUCILENE NUNES DE OLIVEIRA** em face do **MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO**.

Prolatada a sentença (fls. 82/89), o MM. Juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido inaugural, condenando o promovido ao pagamento do salário, referente ao mês de dezembro de 2012, férias proporcionais, acrescidas de 1/3 referente aos anos de 2008/2012, gratificação natalina, referente aos anos de 2008/2012. Sobre todos os itens acima indicados, determinou que sejam acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação e correção monetária, pelo INPC/IBGE, devidos a partir do inadimplemento. Condenou, ainda, a parte

promovida ao pagamento dos honorários advocatícios da parte promovente, à base de 10% (dez por cento) do valor total da condenação. Deixou de condenar o ente promovido ao pagamento de custas processuais, ficando obrigado a ressarcir o valor das despesas por ventura antecipadas da parte promovente, em fave da previsão inserta no art. 29 da Lei Estadual nº 5.672/92. Após, determinou que fosse observado o art. 475 e parágrafos do CPC, com relação ao reexame obrigatório.

Irresignado, o Município interpôs apelação, (fls.96/100), aduzindo que a parte autora, ora recorrida, não juntou documentos capazes de provar ser efetivamente servidora municipal, uma vez que não existe sequer o nome da autora no cadastro de servidores do Município de Conceição. Asseverou, ainda, que o MM. Juiz deveria ter insistido na audiência de instrução e julgamento, a fim de comprovar a inexistência do contrato.

Por tais razões, pugnou pelo provimento do recurso, com a improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 105/110, pugnando pela manutenção da r. sentença, bem como pela condenação do apelante por litigância de má-fé, em razão do recurso meramente procrastinatório.

A parte autora também apresentou recurso adesivo às fls. 111/115, requerendo a reforma da sentença para condenar o Município a pagar à promovente a diferença das vantagens salariais referentes ao adicional noturno.

Devidamente intimado, o Município de Conceição apresentou contrarrazões ao recurso adesivo, pugnando pelo seu desprovimento.

Instada a se manifestar a D. Procuradoria de Justiça proferiu parecer, fl. 191, opinando pelo prosseguimento do recurso, sem manifestações de mérito, por ausência de interesse público que torne necessária a intervenção Ministerial.

É o que tenho a relatar.

V O T O

Aprioristicamente, ressalto que os requisitos de admissibilidade e a controvérsia dos presentes recursos será analisada nos moldes da Lei nº 5.869/73, haja vista que, conforme preceitua o art. 14 da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, *respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”.

Sabe-se que a lei processual civil tem aplicação imediata, ou seja, produz efeitos imediatos, contudo, nos termos da teoria do isolamento, a lei nova somente deve atingir os atos ainda não iniciados. Assim, os atos processuais praticados sob a égide da legislação anterior não podem sofrer efeitos em virtude do advento de nova lei, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Porquanto, se a sentença recorrida (ato processual) fora publicada quando vigente o anterior CPC, resta patente que sob a mesma legislação fora revista de forma correta, em atenção à segurança jurídica e à teoria do isolamento dos atos processuais.

Em consonância com o entendimento acima declinado, é a orientação do Enunciado Administrativo nº 2, do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Enunciado Administrativo nº 2 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas estas considerações, passo a análise dos recursos.

Preliminar – Contrarrazões – Litigância má-fé

A parte apelada, em sede de contrarrazões, arguiu, preliminarmente, a condenação do Município apelante em litigância de má-fé.

Contudo, razão não assiste à apelada.

Para o doutrinador Nelson Nery Júnior¹, litigante de má-fé:

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o “improbis litigator”, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito”.

¹ In Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12 ed. 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Fls.260/261.

jurisprudencial. Veja-se:

Nesse sentido, é o entendimento

*AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - LIMINAR DE EMBARGO DEFERIDA - REQUISITOS - PRESENÇA - DECISÃO MANTIDA - MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO - AFASTAMENTO. Para a concessão da liminar em Ação de Nunciação de Obra Nova deve-se estar comprovadamente demonstrada, juntamente com a inicial, que a obra que se pretende embargar possa prejudicar ou alterar imóvel vizinho. Verificando-se do conjunto probatório dos autos que há tal risco de prejuízo, há de ser deferido o embargo liminar. **Quanto à aplicação de multa por litigância de má-fé, exige-se dolo específico da parte no entravamento do tramite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, o que não se mostra presente nos autos.***

(TJ-MG - AI: 10508120024148001 MG, Relator: Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/06/2013)(grifo nosso).

E:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ANULAÇÃO/RETIFICAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO - SUSPENSÃO DE PROCESSOS AMBIENTAIS - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - APLICAÇÃO DA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO. A ausência de demonstração dos requisitos estampados no art. 273 do CPC inviabiliza a antecipação dos efeitos da tutela. Não recomenda ao Magistrado, em sede de antecipação de tutela, determinar suspensão de processos ambientais, quando a parte não traz prova nos autos, da verossimilhança de suas alegações. **Para que haja a condenação ao pagamento da multa prevista no art. 18 do CPC, deve ser levada em conta a presunção juris tantum de boa fé, a qual apenas pode ser elidida quando demonstrado ter a parte agido com dolo ao praticar alguma das condutas descritas no art. 17 do CPC.***

(TJ-MG - AI: 10180130023120001 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Data de Julgamento: 26/09/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/10/2013)(sem grifos no original)

Assim, não é o caso dos autos, uma vez que o mero exercício da faculdade de recorrer da r. sentença não acarreta, por si só, o reconhecimento da litigância de má-fé.

Por tais razões, rejeita-se a preliminar.

Apelação cível - Mérito

O cerne da presente ação cinge-se na cobrança do pagamento relativo ao vencimento relativo ao mês de dezembro de 2012, férias acrescidas de 1/3 referentes aos anos de 2008/2012, gratificação natalina, adicional noturno e adicional de insalubridade de 2009/2012.

O MM. Juiz “a quo” julgou parcialmente procedente a ação, condenando o promovido ao pagamento do salário, referente ao mês de dezembro de 2012, férias proporcionais, acrescidas de 1/3 referente aos anos de 2008/2012, gratificação natalina, referente aos anos de 2008/2012.

Inconformado, o Município apelou, aduzindo não existir provas nos autos de que a autora era servidora do Município de Conceição.

Primeiramente, importante ressaltar que as partes foram devidamente intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir em juízo. No entanto, decorreu o prazo da intimação sem qualquer manifestação do patrono das partes, conforme certidão de fl. 81.

Diante da ausência de necessidade de instrução probatória, o MM. Juiz “a quo” prolatou a r. sentença.

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, 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 do 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.

A propedêutica processual moderna ensina que as regras sobre a distribuição do “*onus probandi*” são normas de

juízo, visto que, uma vez produzida a prova, esta pertencerá aos autos, não importando quem a produziu (princípio da comunhão das provas).

Assim, as regras sobre o ônus probatório só importarão no julgamento do mérito da demanda, quando se constatar a inexistência de provas sobre determinados fatos.

Nesse mesmo sentido, faz-se mister trazer a baila os ensinamentos do notável ALEXANDRE DE FREITAS CÂMARA²:

“Em verdade, no momento da produção da prova pouco importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Isto se dá em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez levadas ao processo, as provas não mais pertencem a qualquer das partes, e sim ao juízo, nada importando, pois, quem as produziu. O juiz só deverá considerar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, portanto, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em razão da inexistência de prova sobre determinados fatos. Assim, é que a inexistência de provas sobre o fato constitutivo levará a improcedência do pedido. Provado o fato constitutivo, no entanto, pouco importa quem levou aos autos os elementos de convicção para que se considerasse tal fato como existente, e a falta de prova sobre a existência de fato extintivo do direito do autor, por exemplo, deverá levar o juiz a julgar procedente a pretensão. Em outras palavras, provados os fatos da causa, o juiz não dará qualquer aplicação às regras de distribuição do ônus da prova. Se, porém, a investigação probatória for negativa, ou seja, quando os fatos não estiverem integralmente provados, aí sim as regras de distribuição do ônus da prova produzirão seus regulares efeitos”.

Nessa senda, cabe ao demandante o ônus de comprovar a existência de fato constitutivo do seu direito, não sendo possível o acolhimento de suas razões sem o mínimo substrato probatório.

“*In casu subjecto*”, a autora demonstrou o seu vínculo com o Município/apelante, logo, tendo ela se desincumbido do ônus que lhe competia, incumbia ao Município fazer a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ou seja, de que adimpliu as verbas devidas à apelada.

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

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA DE COMPROVAR O ADIMPLENTO DOS TÍTULOS PLEITEADOS.

2 in, op. cit., 2005, p. 404-405

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 nº 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 nº. 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 nº 02120090015500001, Relator Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, 3ª Câmara Cível, j. em 12/07/2012. (...)³” (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 prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório.*⁴”

Ainda:

“COBRANÇA. Servidor público. Retenção 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 Pública 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” (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 Civil⁵.”

Logo, importante analisar se as verbas pleiteadas são devidas.

Como é cediço, a investidura em cargo ou emprego público, em regra, pressupõe a aprovação prévia em concurso público.

A exceção à regra do concurso público fica por conta das seguintes situações especiais: a) provimento de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração; b) contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

No que pertine à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que ela exige o preenchimento dos seguintes requisitos: a) hipótese prevista em lei ordinária; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; e d) interesse público excepcional.

No caso em comento, observa-se que a contratação da autora junto ao Município promovido é, de fato, nula, consoante prevê o art. 37, § 2º, da CF, porquanto se deu sem prévia aprovação em concurso público, bem como fora renovada sucessivamente (por mais de dez anos), sem que houvesse a justificativa de que a atividade de cozinheira, desenvolvida pela autora, era indispensável ao atendimento de

4 TJPB - Acórdão do processo nº 09820110015991001 - Órgão (4ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DR.

ONALDO ROCHA DE QUEIROGA - j. em 15/01/2013

5TJPB – 4ª Câmara, AP nº. 038.2005.000070-2/001, Rel. Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro, j. 21/02/2006

necessidade temporária de excepcional interesse público.

As sucessivas prorrogações do contrato da autora não se compatibilizam com a norma constitucional que exige tempo determinado, bem como a ausência de especificação da contingência fática que evidenciaria a situação de emergência da contratação também é incompatível com a CF.

Consoante orientação firmada pelo STF, em sede de repercussão geral, os servidores contratados de forma ilegítima pela Administração Pública, vale dizer, fora das hipóteses excepcionais de contratação temporária admitidas pelo art. 37, IX, da CF, como é o caso do autor, apenas possuem direito a perceber os salários referentes aos dias trabalhados e ao depósito fundiário – FGTS.

Nesse sentido, segue a Jurisprudência dominantes dos Tribunais Superiores:

*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. (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)*

Mais:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO

ADMINISTRATIVO. CONTRATO NULO. EFEITOS. RECOLHIMENTO DO FGTS. ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90. CONSTITUCIONALIDADE. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (RE 596478, Relª Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013).

Esta Egrégia Corte de Justiça também segue essa linha de entendimento, vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO DECLARADO NULO. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO RESTRITA À CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE SALÁRIOS E FGTS. MATÉRIA APRECIADA EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SENTENÇA QUE BEM APLICOU O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997, OBSERVANDO O DIREITO INTERTEMPORAL DECORRENTE DA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009. RAZÕES RECURSAIS QUE SE REVELAM CONTRÁRIAS AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM SEDE DE JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS. APLICAÇÃO DO ART. 932, IV, “B”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO NEGADO. - O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 705.140/RS, submetido ao regime de repercussão geral, firmou a orientação jurisprudencial no sentido de que “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 nº 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ç FGTS”. (...) (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00152189020138150011, - Não possui -, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO , j. em 06-04-2016)”

E:

*“AGRAVO INTERNO. JULGAMENTO PELA QUARTA CÂMARA CÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO RELATOR. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. ORIENTAÇÃO DESTA CORTE CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONVERTIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Servidora contratada sem concurso público. VIOLAÇÃO AO ART. 37, II, DA Constituição FEDERAL. **CONTRATO NULO. PERCEBIMENTO DAS FÉRIAS E DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. DESCABIMENTO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Fundo de Garantia POR Tempo de Serviço - FGTS. Direito ao recolhimento. SALDO DE SALÁRIO. CABIMENTO. Precedentes DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** - Nos moldes da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 596.478/RR, sob o regime de repercussão geral, na hipótese de admissão de pessoal pela Administração Pública sem a realização de concurso público, é devido o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e FGTS. - A respeito dos direitos dos servidores contratados pela Administração Pública sem observância ao art. 37, II, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, decidiu que tais servidores fazem jus apenas ao recebimento dos salários referentes aos dias trabalhados e ao depósito do FGTS.
(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001737920118150831, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO , j. em 17-03-2016)”
(grifei)*

No caso dos autos, portanto, diferentemente do decidido pelo juiz *a quo*, não faz jus a autora aos pleitos relativos aos 13º salários e às férias com os respectivos terços.

Entretanto, ante a comprovação da relação funcional pela autora, conforme documentos juntados às fls. 23/48, faz ela jus à percepção do salário do mês de dezembro de 2012. Isso porque caberia ao promovido fazer prova do pagamento da referida verba, nos termos do art. 333, II do CPC, ônus do qual não se desincumbiu.

Assim, deve a edilidade providenciar o adimplemento do salário retido de dezembro de 2012, considerando que não se desincumbiu do ônus previsto no art. 333, II, do CPC.

Recurso adesivo

A parte autora interpôs o presente recurso adesivo, inconformada com a r. sentença, em relação ao adicional noturno.

Aduziu a recorrente que a previsão legal para o pagamento do adicional noturno encontra-se estampada no art. 65 da Lei Municipal Complementar nº 10/2001.

Ocorre que, conforme disposto na r. sentença, bem como especificado na apelação do Município, caberia a promovida a comprovação do fato constitutivo, ou seja, a demonstração de que preenchia os requisitos necessários ao recebimento do adicional noturno.

No entanto, joeirando os autos, vê-se que não há nenhum documento comprobatório do horário em que a parte autora laborava no Município de Conceição.

Por tais razões, agiu acertadamente o MM. Juiz “a quo” ao indeferir o pedido de adicional noturno.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, **rejeita-se a preliminar, dá-se provimento parcial à apelação cível e reexame necessário**, para, reformando em parte a sentença guerreada, determinar à municipalidade que efetue o pagamento do salário retido do mês de dezembro do ano 2012, afastando as demais determinações, bem como **nega-se provimento ao recurso adesivo**.

É como voto.

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

Presente ao julgamento, a 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, 28 de março de 2017.

Miguel de Britto Lyra Filho
Juiz convocado