



ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO Nº 0005033-77.2013.815.0371.

ORIGEM: 4.ª Vara da Comarca de Sousa.

RELATOR: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

APELANTE: Município de Sousa.

PROCURADOR: Theófilo Danilo Pereira Vieira.

APELADO: Eliana Pereira Gadelha.

ADVOGADO: Aelito Messias Formiga.

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO RETIDA, FÉRIAS E GRATIFICAÇÃO NATALINA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. APELAÇÃO DO RÉU. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO GERENCIADOR DA CONTA DESTINADA AO DEPÓSITO DAS REMUNERAÇÕES DO SERVIDOR. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DO DISCUTIDO PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ANTERIOR DE DILIGÊNCIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DOS PAGAMENTOS. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DO RÉU. ART. 333, II, DO CPC. PAGAMENTO DEVIDO. DESPROVIMENTO. RECURSO ADESIVO DA AUTORA. TERÇO DE FÉRIAS AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DAS VERBAS PLEITEADAS. ÔNUS DO RÉU. IMPOSIÇÃO DO PAGAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa se a parte dispensou a produção de outras provas e se manifestou pelo julgamento antecipado da lide, desistindo do requerimento anteriormente formulado.
2. O art. 333, II, CPC, estabelece ser ônus do Réu a comprovação quanto à existência dos fatos impeditivos do direito do autor.
3. Após o período aquisitivo, o adimplemento do terço constitucional de férias é devido independentemente de seu efetivo gozo.
3. Apelo desprovido. Recurso Adesivo parcialmente procedente.

VISTO, relatado e discutido o presente procedimento referente à **APELAÇÃO E AO RECURSO ADESIVO N.º 0005033-77.2013.815.0371**, em que figuram como partes o Município de Sousa e Eliana Pereira Gadelha.

ACORDAM os eminentes Desembargadores integrantes da Colenda Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, acompanhando o voto do Relator, **em rejeitar a preliminar, e no mérito, negar provimento ao Apelo e dar provimento parcial ao Adesivo.**

VOTO.

O **Município de Sousa** interpôs **Apelação** contra a Sentença prolatada pelo Juízo da 4.^a Vara daquela Comarca, nos autos da Ação de Cobrança em face dele ajuizada por **Eliana Pereira Gadelha**, que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-o ao pagamento do valor de R\$ 8.750,00 correspondente aos salários de outubro, novembro e dezembro de 2008 e à segunda parcela da gratificação natalina, e ao pagamento dos honorários advocatícios fixados reciprocamente entre as partes, julgando improcedente, no entanto, o pedido de sua condenação ao pagamento de aviso prévio, seguro desemprego, FGTS e férias.

Em suas razões, f. 19/34, arguiu a preliminar de cerceamento do direito de defesa, alegando não ter sido analisado seu requerimento de expedição de ofício para obtenção dos extratos bancários da Apelada, e, no mérito, sustentou a ausência de prova de sua inadimplência, reputando ser ônus da Autora a comprovação de suas alegações.

Requeriu o acolhimento da preliminar para que a Decisão seja anulada, ou, subsidiariamente, pelo provimento do Recurso para que a Sentença seja reformada e o pedido julgado improcedente, ou em caso de manutenção de sua condenação, pugnou pela fixação dos honorários advocatícios reciprocamente à luz do art. 21 do CPC.

Contrarrazoando, f. 38/41, a Autora requereu a reforma da Sentença para que o Réu seja condenado ao pagamento de aviso prévio, seguro desemprego, FGTS, férias e seu terço constitucional, e para que os honorários advocatícios sejam fixados em 20% sobre o valor da condenação, pugnando, ao final, pelo desprovimento do Apelo do Município.

A **Autora** apresentou **Recurso Adesivo**, f. 40/43, também requerendo a condenação do Município ao pagamento das férias e seu terço constitucional correspondente ao ano de 2008, e dos honorários advocatícios a serem fixados no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Nas Contrarrazões, f. 48/49, o Município pugnou pelo desprovimento do Recurso Adesivo.

A Procuradoria de Justiça, f. 54/58, opinou pela rejeição da preliminar de cerceamento de defesa arguida na Apelação, não se manifestando, no entanto, quanto ao mérito.

É o Relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Apelo e do Recurso Adesivo, analisando-os conjuntamente.

A arguição de cerceamento do direito de defesa formulada pelo Apelante é insubsistente, porquanto, embora tenha requerido, no início da audiência conciliatória, a expedição de ofício ao Banco gerenciador da conta destinada ao depósito das remunerações da Apelada, com a finalidade de comprovar sua adimplência em relação àquela, logo em seguida requereu o julgamento antecipado da lide, conforme se infere do Termo de Audiência de f. 15/17v., pelo que **rejeito a preliminar**.

Passo ao mérito.

Ao contrário do que alega o Apelante, o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, é do réu, art. 333, II, CPC.

No caso, cabia ao Município, o que não fez, a prova de que houve o pagamento

dos vencimentos de outubro, novembro e dezembro de 2008 e da gratificação natalina (segunda parcela de 2008), requestados na Inicial, motivo pelo qual não há que ser reformada a Decisão de primeiro grau, consoante precedente deste Tribunal de Justiça¹.

No que diz respeito às férias, acrescidas do respectivo terço constitucional, segundo o entendimento sufragado no RE nº 570.908/RN², que teve repercussão geral reconhecida, são direitos, constitucionalmente, assegurados aos servidores, após o lapso de doze meses laborado, de forma que havendo omissão, por parte da edilidade, em conceder sua fruição e o pagamento do respectivo terço, no momento oportuno, o adimplemento do referido direito é medida que se impõe, independente do efetivo gozo, entendimento compartilhado por este Tribunal de Justiça³.

1 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PAGAMENTO DE SALÁRIOS ATRASADOS. CABIMENTO. PROVA DE FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA EDILIDADE. ART. 333, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, CAPUT, CPC. SEGUIMENTO NEGADO. Ao município cumpre o ônus de demonstrar a realização do pagamento pleiteado, nos termos do artigo 333, II, do CPC. Se não provou o pagamento, deve efetuar-lo, sob pena de ocorrência de enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular, vedado pelo ordenamento jurídico (TJPB, Processo nº 03720090009673001, Tribunal Pleno, Relator Des. João Alves da Silva, j. em 20/02/2013).

2 EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CARGO COMISSIONADO. EXONERAÇÃO. FÉRIAS NÃO GOZADAS: PAGAMENTO ACRESCIDO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI. JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O direito individual às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço constitucional independente do exercício desse direito. 2. A ausência de previsão legal não pode restringir o direito ao pagamento do terço constitucional aos servidores exonerados de cargos comissionados que não usufruíram férias. 3. O não pagamento do terço constitucional àquele que não usufruiu o direito de férias é penalizá-lo duas vezes: primeiro por não ter se valido de seu direito ao descanso, cuja finalidade é preservar a saúde física e psíquica do trabalhador; segundo por vedar-lhe o direito ao acréscimo financeiro que teria recebido se tivesse usufruído das férias no momento correto. 4. Recurso extraordinário não provido. (RE 570908, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009, Repercussão Geral – Mérito, p. em 12-03-2010).

3 REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. Ação ordinária de cobrança. Servidoras públicas municipais. Cargo de regente de ensino. Salário retido e gratificação natalina. Cabimento. Direitos assegurados constitucionalmente. Pagamento não demonstrado. 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. Terço constitucional de férias. Comprovação do gozo. Desnecessidade. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral reconhecida. Isonomia salarial. Possibilidade. Previsão específica em legislação municipal. Manutenção do decisum. Desprovimento da apelação e da remessa oficial. 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 parte autora em receber as quantias pleiteadas na exordial. No tocante ao recebimento do salário e da gratificação natalina postuladas, convém mencionar que são direitos, constitucionalmente, assegurados, sendo vedada sua retenção, porquanto não tendo o município demonstrado o efetivo pagamento das referidas verbas, o adimplemento é medida que se impõe. 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. Restando demonstrada a efetivação da isonomia salarial por meio de ato legislativo local, ou seja, a Lei municipal nº 145/2008, que fixou idênticos vencimentos para os servidores concursados municipais de magistério, as demandantes possuem direito à percepção da aludida isonomia salarial desde janeiro de 2009, data da entrada em vigor da supracitada legislação municipal, até a efetiva implantação em seus contracheques, ocorrida em setembro de 2010 (TJPB, Processo 0001553-46.2009.815.0981, Quarta Câmara Especializada Cível, Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, DJPB 26/02/2014).

APELAÇÃO. Ação ordinária de cobrança. Servidora pública municipal. Feito julgado precedente. Retenção de verbas salariais. Irresignação da edilidade. Cerceamento do direito de defesa. Necessidade de dilação probatória. Descabimento. Aplicação do art. 131, do código de processo civil. Livre convencimento do juiz. Salários e gratificação natalina. Cabimento. Direitos assegurados constitucionalmente. Pagamento não demonstrado. 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. Férias acrescidas do terço constitucional. Comprovação do gozo. Desnecessidade. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral reconhecida. Manutenção do decisum. Desprovimento do recurso. Em determinadas situações, não se caracteriza a ocorrência do cerceamento do direito de defesa e a necessidade de dilação probatória, 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 e a não incidência dos efeitos da revelia não afasta a aplicação do art.

Considerando que o Município não comprovou o adimplemento das férias do período de 2008 e seu respectivo terço constitucional, ônus que também lhe recaia, a sua condenação ao pagamento dessas verbas é medida que se impõe.

Quanto ao requerimento de condenação do Município ao pagamento de aviso prévio, seguro desemprego e FGTS, realizado pela Autora em suas Contrarrazões, sua formulação deve ser feita na via recursal própria, pelo que dele não conheço.

No que diz respeito ao requerimento de fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, considerando que o pedido foi julgado parcialmente procedente, é a hipótese de sucumbência recíproca nos moldes do art. 21 do CPC, pelo que cada uma das partes deverá arcar com sua despesa.

Posto isso, **conhecidos os Recursos, rejeitada a preliminar de cerceamento**

322, do código de processo civil. 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 parte autora em receber as quantias pleiteadas na exordial. No tocante ao percebimento dos salários retidos e da gratificação natalina postulados, convém mencionar que são direitos, constitucionalmente, assegurados, sendo vedada sua retenção, porquanto não tendo o município demonstrado o efetivo pagamento das referidas verbas, o adimplemento é medida que se impõe. As férias, acrescidas do respectivo terço, segundo o entendimento sufragado no re nº 570.908/rn, que teve repercussão geral reconhecida, são direitos, constitucionalmente, assegurados aos servidores, após o lapso de doze meses laborados, sendo assim, havendo omissão, por parte da edilidade, em efetivar o aludido direito, no momento oportuno, o seu pagamento deve ser efetuado, para se evitar o locupletamento indevido da administração pública, pois, caso contrário, ocasionaria dupla penalização à servidora, posto que lhe seria negada a fruição das férias, a fim de preservar sua saúde, bem como o acréscimo financeiro advindo da concessão do referido benefício (TJPB, AC 0000768-47.2012.815.0151, Quarta Câmara Especializada Cível, Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, DJPB 25/02/2014).

REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES. Ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer. Procedência parcial. Servidor público municipal. Agente de limpeza urbana. Pretensão. Recebimentos de verbas remuneratórias. Ônus da edilidade em comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora. Inteligência do art. 333, II, da Lei processual civil. Não atendimento. Adicional de insalubridade. Previsão na Lei municipal nº 846/2009. Percepção de retroativo. Possibilidade. Devido no patamar de 40%. Trabalho exercido nas mesmas condições insalubres durante todo o período laborado. Terço constitucional de férias. Direito assegurado constitucionalmente. Desnecessidade de comprovação do gozo. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Adicional por tempo de serviço. Benefício devido. Matéria regulada por Lei orgânica. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Compensação. Inteligência do art. 21, caput, do código processo civil e da Súmula nº 306, do Superior Tribunal de justiça. Juros de mora e correção monetária. Fixação consoante o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97 e a Lei nº 11.960/09. Provimento do primeiro apelo. Desprovimento à segunda apelação e à remessa oficial. 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 parte autora de receber as quantias pleiteadas na exordial. Sendo previsto legalmente e reconhecido pela administração pública o direito de o servidor perceber, a partir do ano de 2009, adicional de insalubridade em grau máximo, no patamar de 40%, devido à exposição constante a agentes insalubres, possível o pagamento do retroativo, respeitada a prescrição quinquenal, haja vista o promovente ter laborado nas mesmas condições insalubres desde sua nomeação. De acordo com o entendimento sufragado no re nº 570.908/rn, o pagamento do terço constitucional de férias não depende do efetivo gozo. Adicional por tempo de serviço é uma vantagem pecuniária concedida pela administração aos servidores em razão do tempo de serviço, destinando-se a recompensar os que mantiveram por longo tempo no exercício do cargo e, havendo previsão legal, não há como não reconhecer como devido o pagamento do adicional por tempo de serviço ao servidor. Havendo constatação de sucumbência recíproca, onde cada litigante foi, em parte, vencedor e vencido na demanda, os honorários advocatícios deverão ser compensados, consoante o disposto no art. 21, caput, do código de processo civil, e a Súmula nº 306, do Superior Tribunal de justiça. Os juros de mora e a correção monetária devem ser estabelecidos consoante o disposto no art. 1º-f, da Lei nº 9.494/97 e Lei nº 11.960/09 (TJPB, Processo 0001137-53.2009.815.0181, Quarta Câmara Especializada Cível, Rel. Desig. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, DJPB 10/02/2014).

do direito de defesa, nego provimento à Apelação do Município, e dou provimento parcial ao Recurso Adesivo autoral para reformar a Sentença condenando o Município ao pagamento das férias referentes ao período de 2008, e seu terço constitucional, acrescidas de juros de mora computados desde a citação com base no índice aplicado à caderneta de poupança, bem como de correção monetária, desde cada vencimento mensal, calculada com base no IPCA, mantendo-a nos demais termos.

É o voto.

Presidiu o julgamento realizado na Sessão Ordinária desta Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 19 de outubro de 2015, conforme Certidão de julgamento, com voto, o Excelentíssimo Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, participando do julgamento, além deste Relator, o Excelentíssimo Desembargador João Alves da Silva. Presente à sessão o Exm.º Procurador de Justiça Dr. José Raimundo de Lima.

Gabinete no TJ/PB em João Pessoa,

Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira

Relator