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

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL n.º 001731-63.2014.815.0061
ORIGEM : 2ª Vara da Comarca de Araruna
RELATOR : Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
APELANTE 01 : Gabriel de Lima Araújo
ADVOGADO : Vital da Costa Araujo
APELANTE 02 : Estado da Paraíba
PROCURADOR : Paulo Renato Guedes Bezerra
APELADOS : Os mesmos

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – 1ª Apelação Cível - Ação ordinária de cobrança – Servidor municipal – Investidura sem prévia aprovação em concurso público – Contrato nulo – Verbas rescisórias e saldo de salário – Improcedência no Juízo de primeiro grau – Irresignação da parte autora – 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 – Provimento parcial.

- 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 o levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a título de indenização e do pagamento dos dias trabalhados de boa-fé.

– De acordo com o sistema do ônus da prova adotado pelo CPC, cabe ao réu demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do servidor alegado em sua defesa, sujeitando-se o Município

aos efeitos decorrentes da sua não comprovação.

PROCESSUAL CIVIL- 2ª Apelação cível – Estado da Paraíba – Sentença que julgou improcedente o pedido do autor – Ausência de interesse recursal - Não conhecimento.

- Diante do julgamento de improcedência da ação ordinária de cobrança, carece o recorrente de interesse recursal, uma vez que a sentença lhe foi favorável.

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, dar provimento parcial ao primeiro recurso apelatório, e não conhecer do segundo recurso, 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 Apelações cíveis interpostas por **GABRIEL DE LIMA ARAÚJO** e pelo **ESTADO DA PARAÍBA**, objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araruna, nos autos da *"ação ordinária de cobrança"*, movida pelo primeiro apelante em desfavor do segundo apelante.

Na exordial de fls. 03/06, sustentou o promovente, ora primeiro apelante, que, prestou serviços à edilidade no período de maio de 2011 a junho de 2014, não tendo recebido o vencimento do mês de junho, bem como as verbas rescisórias que lhe eram de direito.

Regularmente citado, o Município apresentou contestação às fls. 25/36, pugnando pela improcedência dos pleitos por não ter o autor direito algum à verbas de caráter celetista.

Prolatada a sentença (fls. 66/70), na qual o magistrado primevo julgou improcedente a demanda na sua totalidade. Condenou a parte sucumbente em custas e honorários, devendo ser observado o art.12 da lei nº 1.060/50.

Irresignada, a parte autora interpôs apelação pugnando pela procedência da demanda e pelo pagamento do FGTS do período laborado. (fls. 74/81)

Também interpôs recurso voluntário o

Estado da Paraíba, pleiteando a total improcedência dos pleitos contidos na prefacial.(fls. 83/94)

Contrarrazões do Estado às fls.99/104.

Instada a se manifestar a D. Procuradoria de Justiça proferiu parecer (fls.112/115), 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

- RECURSO VOLUNTÁRIO DO ESTADO

Em que pesem os argumentos constantes do recurso, tenho que carece o recorrente de interesse recursal (requisito intrínseco de admissibilidade), pois a ação foi julgada improcedente, com resolução do mérito.

O interesse recursal repousa no binômio necessidade e utilidade. Sobre a temática, precisas são as lições de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> *[...]. Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquele em que o haja posto a decisão impugnada – e necessidade – que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo. [...].*

Desta forma, diante do julgamento de improcedência da ação, não há interesse recursal por parte da ré em modificar a sentença.

Assim, não conheço do segundo recurso.

- Mérito da 1ª Apelação Cível

A demandante, primeira apelante, requereu a reforma da sentença com a procedência do pagamento do saldo de salário do mês de junho de 2014, das férias com terço, do décimo terceiro salário e do FGTS do período laborado.

Observa-se que a contratação do recorrente junto ao Estado da Paraíba é nula, porquanto não fora para necessidade temporária nem por excepcional interesse público, tampouco através de

investidura em concurso público por não haver quaisquer provas colacionadas aos autos que comprovem o contrário.

Em tratando-se de contrato nulo, por ausência de prévia aprovação em concurso público, a jurisprudência atende à imperatividade do art. 19-A da lei 8.036/90, que dispõe:

> Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001).

A MP 2.164-41/01, ao acrescentar o art. 19-A à lei 8.036/90, confere ao empregado que teve seu contrato de trabalho declarado nulo, o direito ao pagamento dos valores referentes aos depósitos do FGTS, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do referido artigo, pois há expressa observância aos princípios constitucionais em que se funda a República Federativa do Brasil.

Com isso, a referida norma não está validando o contrato tido por irregular, mas apenas reconhecendo o direito ao FGTS, que não deixa de ser uma espécie de salário, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito da edilidade. Dessa forma, o apelado deve ser condenado ao pagamento dos depósitos no Fundo de Garantia.

Em abono ao disposto no dispositivo suso mencionado, o Tribunal Superior do Trabalho elaborou a Súmula 363, que dispõe:

> "A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS."

Foi firmado assim pelo STF o entendimento de que, além das verbas próprias de direito administrativo, quando reconhecida a nulidade da contratação do trabalhador, em função da inobservância da regra constitucional de prévia aprovação em concurso público, subsiste o direito ao depósito fundiário.

Nesse sentido, segue a Jurisprudência dominantes dos Tribunais Superiores:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – FGTS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL –

CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO – LEVANTAMENTO – ART. 29-C DA LEI 8.036/90 – PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO – JUROS DE MORA – TAXA SELIC. [...] 3. O TST tem entendimento consolidado no sentido de que, nos casos de contrato declarado nulo por falta de concurso público, fica ressalvado o direito a salário pelo serviço prestado, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do empregador. Se é devido o pagamento de salário, consequentemente nasce para o ente público a obrigação de proceder ao depósito na conta vinculada do empregado (art. 15 da Lei 8.036/90). [...] 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 897043 / RN RECURSO ESPECIAL 2006/0233280-0.Ministra ELIANA CALMON (1114). T2 - SEGUNDA TURMA. DJ 11/05/2007 p. 392).

Também:

"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 Côrte de Justiça também segue essa linha de entendimento, vejamos:

"APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. REJEIÇÃO. MÉRITO. PRESTADOR DE SERVIÇO. CONTRATAÇÃO POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. AUSÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO NULO. AFRONTA AO ART. 37, II, DA CF. DIREITO AOS SALÁRIOS RETIDOS, 13° SALÁRIO E FÉRIAS, ACRESCIDAS DO TERÇO CONSTITUCIONAL. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. ÔNUS DO MUNICÍPIO. VERBAS DEVIDAS. FÉRIAS EM DOBRO E PIS. PARCELAS DEVIDAS AOS EMPREGADOS CELETISTAS. DESCABIMENTO. FGTS. DIREITO AO RECOLHIMENTO DAS PARCELAS RELATIVAS À

EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DO AUTOR. REMESSA NECESSÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 45 DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA E DO RECURSO VOLUNTÁRIO. O contrato de trabalho não é documento indispensável à propositura de ação de cobrança, quando existentes nos autos outros documentos capazes de comprovar a relação de trabalho estabelecida entre as partes. O Supremo Tribunal Federal, modificando posicionamento anterior, tem entendido que, em caso de nulidade do contrato de trabalho, ao empregado admitido no serviço público sem concurso são devidos, além do saldo de salários, o décimo terceiro, as férias e o terço constitucional. As férias em dobro e o PIS, são parcelas inerentes à relação de emprego regida pela CLT, não sendo devidas aos submetido a regime jurídico-administrativo. O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a Administração Pública declarado nulo em razão da inobservância da regra constitucional a revelar a necessidade de prévia aprovação em concurso público. Precedente: Recurso Extraordinário nº 596.478/RR. Não havendo a interposição de apelação do particular, o Tribunal de origem não pode tornar mais grave a condenação imposta à Fazenda Pública, mesmo que em sede de reexame necessário, nos termos da Súmula 45/STJ."(Apelação Cível n.º 0000245-46.2011.815.1161, Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, RELATOR:Dr. Marcos Coelho de Salles – Juiz Convocado para substituir o Des.Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, PUBLICADO NO DIA 07/02/ 2014 - REPUBLICADO POR INCORREÇÃO).

E:

"APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. CONTRATO TEMPORÁRIO. AGENTE DE COMBATE ÀS ENDEMIAS. PRORROGAÇÃO INDEFINIDA. NULIDADE RECONHECIDA.DIREITO À PERCEPÇÃO DO FGTS. ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELO STF. PROVIMENTO. 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. 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, Relator(a): 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 EMEN VOL-02679-01 PP-00068).”(Apelação nº 0000668-07.2011.815.0611,Relatora: Desa. Maria das Graças, Terceira Câmara Cível, publicado em 19/05/2014).

Assegura-se direito ao recebimento dos depósitos do FGTS, sendo uma contraprestação mínima para garantir os princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho.

Assim, a despeito da irregularidade da contratação, encontra-se pacífico na Corte Suprema e neste egrégio Sodalício o entendimento de que o autor faz jus aos valores correspondentes aos depósitos de FGTS e do saldo de salário relativo aos dias efetivamente laborados.

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. 333. 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 julgamento, 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 CÂMARA[1]:

> “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

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

> 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.

Logo, tendo **o** autor se desincumbido do ônus que lhe competia, incumbia ao Estado fazer a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do mesmo.

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 ADIMPLEMENTO DOS TÍTULOS PLEITEADOS. 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 n° 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 n°. 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 n° 02120090015500001, Relator Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, 3a Câmara Cível, j. em 12/07/2012. (...)[2]" (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 aprestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório.[3]"

No período em que esteve a demandante laborando para o Estado, fez jus ao percebimento da remuneração pelos serviços prestados, sendo irrelevante o fato de o mencionado contrato estar ou não regular, conforme alega o Estado em seu recurso, pois tem o poder público a obrigação de remunerar aqueles que de boa-fé trabalham sob pena de manifesta afronta aos direitos sociais garantidos pela Constituição.

Ademais, cumpre registrar que é induvidoso que o ato do Estado em não pagar os vencimentos de seus servidores representa frontal ofensa ao princípio juridicamente sedimentado de que o salário é de índole alimentar, daí a justificativa de lhe ter o constituinte erigido à categoria de ilícito sua retenção dolosa, *"pari passu"* em que o consagra como direito de todo trabalhador (CF/ 88, art. 7º, IV, VI e X).

2TJPB - Acórdão do processo nº 02120090015948001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator DESª MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA - j. Em 20/02/2013

3 TJPB - Acórdão do processo nº 09820110015991001 - Órgão (4ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DR. ONALDO ROCHA DE QUEIROGA - j. em 15/01/2013

Na hipótese, verifica-se que dos pedidos do autor, apenas uma parte fora concedida, razão pela qual deve ele arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, conforme o “caput” do art. 21 do CPC, ressalvado-se o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Quanto aos honorários advocatícios, como houve sucumbência recíproca, deve, pois, incidir, de igual maneira, a regra do art. 21 do CPC, impondo-se a compensação de honorários.

D I S P O S I T I V O

Por tais razões, **NÃO CONHEÇO** do **segundo apelo** e **DOU PROVIMENTO PARCIAL ao primeiro recurso voluntário**, para condenar o Estado da Paraíba a pagar ao autor os valores relativos aos depósitos de FGTS, do período da prestação laboral, observada a prescrição quinquenal e o saldo de salário do mês de junho de 2014.

Sobre a condenação deverão incidir juros moratórios e correção monetária calculada de acordo com o disposto no art. 1º- F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. Onaldo Rocha de Queiroga (juiz convocado, para substituir a Exma Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira).

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

Sala de Sessões da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 18 de fevereiro de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator