Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001034-35.2013.815.0301 – Pombal
RELATORA : Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
APELANTE : Município de São Bentinho
ADVOGADO : Jackson da Costa Ribeiro
APELADO : Railda Rita dos Santos
ADVOGADO : Alberg Bandeira de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – A LAPSO TEMPORAL RESPEITADO – SÚMULA 55 DO STJ – REJEIÇÃO – MÉRITO – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – VERBAS SALARIAIS – CABIMENTO – PROCEDÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO – ÔNUS DO RÉU – ART. 333. II DO CPC – JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DE CORTE SUPERIOR – APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC – SEGUIMENTO NEGADO.

Súmula 85 do STJ - 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.

Revelado o vínculo funcional, ainda que resultante de nomeação para cargo em comissão, e, por conseguinte, da prestação de serviços, devido é o pagamento das verbas salariais, inclusive férias proporcionais acrescidas de um terço.

A comprovação de pagamento dessas verbas, 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 (fls. 77/82) interposta pelo Município de Pirpirituba insurgindo-se contra a sentença (fls. 69/73) do Juízo de Direito da 3ª Vara Mista da Comarca de Pombal, que julgou parcialmente procedente a Ação de Cobrança promovida por Railda Rita dos Santos contra o réu/apelante, compelindo este a pagar "as verbas salariais referentes aos meses de dezembro de 2010 e 2011, férias acrescidas do terço constitucional relativas ao período de 2008 a 2012, e 13º salários referentes aos anos de 2008 (3/12 avos) e 2009", com as devidas atualizações.

Em tese defensiva, suscita o réu/apelante a preliminar, incidência da prescrição da verba postulada. No mérito: 1) aduz ser indevida a condenação das verbas, porquanto a autora não estava exercendo atividade no âmbito da municipalidade; 2) não ser devida nenhuma verba salarial postulada eis que não houve a prova do gozo de férias.

Nesse contexto, pugnou pelo provimento do recurso, modificando a sentença, a fim de ser julgada improcedente a ação.

Intimada a autora/apelada para apresentar as contrarrazões, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, fls. 86/90.

Parecer do Ministério Público opinou pela rejeição da preliminar. No mérito, o prosseguimento do feito sem manifestação de mérito, porquanto ausente interesse público que torne necessária a intervenção ministerial, fls. 96/100.

É o relatório.

Decido.

Da Prejudicial de Prescrição:

Cinge-se a questão ao entender que o direito pleiteado foi atingido pela prescrição. Sem razão o recorrente.

É de se observar que o Decreto 20.910/32, ao regulamentar a prescrição contra a Fazenda Pública, estatui prescrever em 05 (cinco) anos todos os direitos e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem.

> *Art. 1° - As dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*
> *Art. 2º - Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas*

> *ou pôr vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.*

Também a respeito da prescrição das dívidas passivas da Fazenda Pública dispõe a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça:

> **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.**

Nesse sentido, diz a jurisprudência do STJ:

> (..) PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. QUINQUÊNIO COMPUTADO A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO.
> (...)
> 4. **É assente no e. STJ que, em se tratando de prestações sucessivas, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação**, e não as que integram a questão de fundo quanto ao direito subjetivo da parte, que, in casu, diz respeito à correção dos pagamentos percebidos pela recorrida através dos índices mais benéficos à ela (precedentes:Resp 395519 - RS, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, publicado no DJ de 29 de setembro de 2002 e Resp. 512-515 - RS, Primeira Turma, publicado no DJ de 14 de junho de 2004).[1]

Nesta Corte:

> AÇÃO DE COBRANÇA - Servidora Pública Municipal - Salários, gratificação natalina e terços de férias - Procedência parcial do pedido - Exclusão dos terços constitucionais - Irresignação voluntária da edilidade - Prescrição qüinqüenal -Rejeição - Verbas dentro do lustro legal - Súplica pela total reforma do julgado - Alegado motivo de força maior para o inadimplemento - Dificuldade financeira do ente municipal -Motivação, entretanto, que não justifica a retenção dos vencimentos do servidor - Direito constitucionalmente garantido - Desprovimento.
> - **Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Publica figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito Reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior a propositura da ação.**
> [...].[2]

[1]AgRg no REsp 874544/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/2008

[2]AC 021.2006.001671-0/001 - Relator: DES. MANOEL SOARES MONTEIRO - 1ª Câmara Cível - Data do Julgamento: 28/05/2009

No caso em espécie, a verba pleiteada pela parte autora da demanda refere-se aos cinco antes da propositura da ação, de sorte que tal período não fora alcançado pelo lapso prescricional, porquanto foi respeitado o limite temporal acima mencionado. Ademais, na própria sentença, ao condenar a edilidade, houve a ressalva de ser respeitada a prescrição quinquenal.

Por todos esses motivos, rejeito a prejudicial de prescrição.

MÉRITO:

Postulou a parte autora o pagamento de verbas salarias decorrentes da prestação de serviços ao ente apelante, no que foi parcialmente acolhido por ocasião do julgamento.

Com efeito, em ações desta natureza, nas quais o servidor busca o recebimento de verbas salariais não quitadas, ao autor cumpre apenas comprovar o vínculo contratual ou estatutário com a Administração Pública, e a prestação do serviço. A prova do pagamento da verba pretendida é ônus do réu, por constituir fato extintivo do direito do servidor.

No caso, o vínculo funcional entre as partes restou evidenciado pelos documentos de fls. 12, que indicam que a parte apelada foi nomeado para o exercício do cargo em comissão do Município apelante.

Durante a instrução não houve prova do réu/apelante de ter realizado o pagamento da verba pleiteada. Deveria ao menos ter diligenciado nos seus arquivos e anexado prova documental, a fim de demonstrar[3] o efetivo pagamento do *quantum* pleiteado[4], ou então fazer prova de que não houve a prestação do serviço na forma explicitada na inicial. Se assim não o fez, experimenta o encargo do pagamento.

Nessas hipóteses, é válido evocar as lições de Nelson Nery Júnior, quando incisivamente dispõe que o réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas sim comprová-las, já que quando excepciona o juízo, nasce para o mesmo o ônus da prova dos fatos que alegar na contrariedade:

> ***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 conseqüências que pretende. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (reus in exceptione actor est).[5]***

[3] (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00003349820138151161, - Não possui -, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA j. em 30-04-2015)

[4] Art. 333 - O ônus da prova incumbe:(...)
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

O direito encontra respaldo no art. 37, inc. II, da CF/88, ao prevê o ingresso no serviço público, em casos excepcionais – cargos em comissão -, independentemente de participação em certame. Esta é exatamente a hipótese em tela:

Veja-se o teor do sobredito preceptivo legal.

> ***Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:***
>
> ***II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;***

Assome-se, ainda, o fato de o art. 39, § 3° da Constituição Federal determinar a aplicação do disposto no seu art. 7° aos servidores públicos, ao consignar o direito a férias e adicionais aos servidores públicos, inclusive os que desempenham atividades, por vínculo de cargos demissíveis *ad nutum*.

Diz o art. 39. § 3° da CF:

> ***Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.***
>
> ***§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.***

Dentre as aplicações dos incisos do art. 7° da CF/88, está o direito da percepção de férias anuais remuneradas, acrescida de um terço dos vencimentos normais.

Veja-se o seu teor:

> ***Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:***

> ***(...)***
> ***VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;***
> ***XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;***

Assim, mesmo que a parte apelada tenha sido nomeado para o exercício de cargo em comissão, de recrutamento amplo, tem direito ao recebimento das verbas pleiteadas, por se tratar de direitos sociais, indisponíveis por natureza.

A falta de pagamento das parcelas devidas configura enriquecimento sem causa em favor da Administração Pública; o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Afinal, houve prestação laboral.

A jurisprudência é pacífica não deixando margem qualquer de dúvida, senão vejamos:

> **Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Cargo em comissão. Indenização de férias vencidas não gozadas. Possibilidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.**
> **(RE 324656 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 02-03-2007 PP-00044 EMENT VOL-02266-04 PP-00769)**
>
> **MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS. EXONERAÇÃO. PERÍODO NÃO USUFRUÍDO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.**
> **I - O servidor exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito, na proporção de um doze avos por mês de efetivo exercício, ou fração superior a quatorze dias.**
> **(...)**
> **Segurança concedida.**
> **(MS 14.681/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/10/2010, DJe 23/11/2010)**

Nesta Corte:

> **ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO COMISSIONADO. ADICIONAIS DE UM TERÇO DE FÉRIAS NÃO PAGOS. CONTESTAÇÃO DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO GOZO DE FÉRIAS. Ônus da autora para comprovação do fato constitutivo do seu direito. Procedência parcial do pedido. Apelação. Mérito. Cargo em comissão. Verbas rescisórias indevidas. Direito constitucional assegurado. Prova cabível à**

> **edilidade. Inteligencia do art. 333, II, do CPC. Verba devida. (...) É ônus do município provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do servidor ao recebimento das verbas salariais pleiteadas. O funcionário nomeado pela administração pública municipal para ocupar cargo em comissão, possui vínculo de natureza estatutária. O direito a férias é expressamente assegurado aos trabalhadores em geral. Art. 7º da CF, bem como aos servidores públicos, de acordo com o art. 39, §3º, também da CF. Sendo o apelado vencido em parte mínima do pedido, responderá o apelante, por inteiro, pela sucumbência. (TJPB; AC 030.2007.002193-3/001; Pombal; Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira; DJPB 29/04/2010; Pág. 11)**

Neste contexto, é induvidoso que o ato da edilidade representa frontal ofensa ao princípio juridicamente sedimentado de que o salário é direito de todo trabalhador (CF/88, art. 7º, IV, VI e X), decorrente de serviço por ele prestado, tratando-se, assim, de atitude abusiva e ilegal o não pagamento de verba salarial devida.

Ademais, o fato de a apelante não ter comprovado o efetivo gozo das férias, não desnatura o direito de receber o adicional constitucionalmente garantido, pois trata "de direito adquirido do servidor que adere ao seu patrimônio jurídico, após o transcurso do período aquisitivo."[6]

Por fim, esclareço que nos termos do art. 38, III da CF, não há obrigatoriamente incompatibilidade de cumulação[7] de verbas salariais. Na espécie, não houve condenação de salário retido durante novembro de 2008, mês que diz estar a autora investida em mandato eletivo.

[6](TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00017650920138150761, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO , j. em 01-12-2015)

COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. DIREITO DO SERVIDOR INDEPENDENTE DO EFETIVO GOZO DAS FÉRIAS. PROVA DO PAGAMENTO. ÔNUS DO ENTE FEDERADO. COMPROVAÇÃO PARCIAL DO ADIMPLEMENTO DOS VALORES PLEITEADOS NA EXORDIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REMESSA NECESSÁRIA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça da Paraíba é no sentido de que o terço constitucional de férias é devido ao servidor público independentemente do efetivo gozo das férias, cabendo ao ente federado, desde que comprovado o vínculo funcional, a prova do pagamento.** (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009387720128150261, - Não possui -, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 18-01-2016)

[7]CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO ESTADUAL. CUMULAÇÃO DE REMUNERAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 38, II E IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
[...]
3. A pretendida interpretação da norma estadual atenta frontalmente contra a expressa disposição do art. 38, II, da Constituição Federal, ao vedar a dupla remuneração de servidor público no exercício de mandato eletivo (no caso, Deputado Estadual). **Apenas se permite o gozo desse benefício, de maneira excepcional aos detentores do cargo de Vereador, desde que atendidos os estritos requisitos estipulados no inciso III.**
[...]
6. Recurso ordinário não provido.
(RMS 32.501/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 10/12/2010)

Com estas considerações, verifico que a sentença se encontra escorreita e em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte de Justiça e de Tribunal Superior, fazendo prescindir a apreciação do recurso pelo órgão fracionário.

Pelo exposto, com fulcro no art. 557 do CPC[8], rejeito a prejudicial de prescrição e no mérito, nego seguimento ao presente recurso apelatório.

P. I.

João Pessoa, 6 de abril de 2016.

Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

g/04

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