



1ª TURMAR DE DIREITO PÚBLICO  
REEXAME NECESSÁRIA/APELAÇÃO CÍVEL Nº 000650-34.2010.8.14.0076  
SENTENCIADO/APELANTE: MUNICÍPIO DE ACARÁ  
ADV.: EDUARDO CESAR TRAVASSOS CANELAS (OAB/PA Nº 12.290)  
OLAVO PERES HERNDERSON E SILVA JUNIOR (OAB/PA Nº 9.294)  
SENTENCIANTE: JUIZO DA VARA ÚNICA DE ACARÁ  
SENTENCIADO/APELADO: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ACARÁ  
– SINSEPA.  
ADV.: MARCIANE DE SOUSA LIMA (OAB/PA Nº 7.555)  
RELATORA: DESA. EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAZENDA PÚBLICA. DUPLA INTIMAÇÃO DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO RÉU. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. VALIDADE DA PRIMEIRA INTIMAÇÃO VIA DIÁRIO ELETRÔNICO. INTERPOSIÇÃO DEPOIS DO PRAZO LEGAL DE TRINTA DIAS. INTEMPESTIVIDADE. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VIGILANTE. ADICIONAL NOTURNO. MUNICÍPIO QUE NÃO SE DESIMCUBIU DE PROVAR FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DOS AUTORES. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II DO CPC/1973. PARCIAL REFORMA DA SENTENÇA A QUO.

1 – Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 a prerrogativa de intimação pessoal somente é conferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, não se aplicando aos Procuradores Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios os Procuradores de Estado, do Distrito Federal e de Municípios. Precedentes do STJ. Apelação Cível não conhecida, ante a sua intempestividade.

2 - Em sede de reexame necessário, a pretensão suscitada pelos requerentes (direito ao adicional noturno) afigura-se cristalina nos autos, uma vez que se trata de direito social capitulado na de 1988, por meio do artigo , inciso , que determina um plus na remuneração daquele que trabalha em período noturno, estendida aos servidores públicos, conforme , do artigo , da .

2. Ente público municipal que descuidou do seu dever de formar conjunto probatório no sentido de comprovar fato impeditivo do direito dos autores, nos termos do art. art. 333, II, do CPC/1973..

3 . Apenas quanto a aplicação de juros e correção monetária a ser aplicado aos valores devido, reformo a sentença a quo para que seja observado em sede de liquidação de sentença o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que determina a incidência da atualização monetária e compensação da mora uma única vez, até o efetivo pagamento, utilizando-se os índices da caderneta de poupança, desde a citação válida, com base no entendimento do STJ.

3. Reexame Necessario conhecido, com parcial reforma da sentença a quo.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de reexame necessário da Comarca de Acará,

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a Egrégia 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, Não conhecer da apelação cível do Município de Acará, ante a



sua intempestividade. Em sede de Reexame Necessário, reformar parcialmente da sentença de primeiro grau, nos termos do voto da relatora.  
Belém (Pa), 17 de abril de 2017.

Desembargadora Ezilda Pastana Mutran  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por MUNICÍPIO DE ACARÁ em face da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Acará que, nos autos da ação ordinária de cobrança nº 0000650-34.2010.814.0076, interposta pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE ACARÁ – SINSEPA, ora apelados, julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Em síntese, relataram os autores na exordial, que os servidores foram admitidos através de concurso público e nomeados no período de março a abril de 2006, para exercer a função de vigia no horário noturno, sendo regidos pelo regime jurídico único, porém só começaram a receber a referida gratificação a partir de janeiro de 2009, com valor muito abaixo do que a lei determina que é de 25% (vinte e cinco) por cento sobre a remuneração de cada servidor.

Relataram que alguns servidores começaram a receber a gratificação de adicional noturno a partir de janeiro de 2009, o valor de R\$ 43,00 (quarenta e três reais), quando na verdade deveriam receber R\$ 127,50 (cento e vinte e sete reais e cinquenta centavos). Requereram ao final, a concessão de tutela antecipada liminarmente, para que seja assegurado o pagamento do adicional noturno no percentual de 25% aos vigias e, no mérito, a condenação do réu ao pagamento do adicional noturno.

Em sentença de fls. 1.202/1.207, o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial, para condenar o réu MUNICIPIO DE ACARÁ-PA



ao pagamento dos valores relativo ao adicional noturno no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o vencimento básico dos autores, com reflexo nas férias e 13º salário, bem como, em honorários advocatícios fixados em 10% (dez) por cento do valor da condenação.

Inconformado o Município de Acará interpôs recurso de apelação cível (fls. 1.222/1.228), alegando em síntese a preliminar de inépcia da inicial, por erro no fundamento jurídico da inicial e ausência da juntada da lei municipal que fundamente o pedido dos autores. No mérito, afirmou quaisquer direitos aos servidores estatutários, sem lei prévia que o autorize e discipline, não havendo, portanto, fundamento para os autores pleitearem suposta diferença do adicional noturno. Por fim, sustenta a tempestividade do recurso, pois a intimação teria sido realizada em 16.07.2014, sendo o dies ad quem para a interposição da presente apelação é 15.0.2014.

Requeru ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Apelação recebida no duplo efeito. (fls. 1.230)

Contrarrazões à apelação às fls. 1.233/1.252, suscitando preliminarmente o não conhecimento do recurso por intempestividade e, no mérito, pugnou pelo não provimento do recurso.

Coube-me a relatoria do feito por distribuição. (fls. 1.259)

Instado a se manifestar, o Ministério Público de 2º Grau eximiu-se de manifestar-se no presente feito. (fls.1.263/1.265)

É o relatório.

VOTO.

Inicialmente, consigno que o presente recurso será analisado com base no Código de Processo Civil de 1973, nos termos do art. 14 do CPC/2015 e entendimento firmado no Enunciado 1, deste Egrégio Tribunal.

**PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR INTEMPESTIVIDADE, SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES PELO APELADO.** Em suas contrarrazões o apelado, SINSEPA, suscitou a presente preliminar, discorrendo pela intempestividade do recurso de apelação.

Compulsando os autos, verifico que razão assiste ao apelado Explico.

Ressalto que a sentença foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, durante o qual a obrigatoriedade da intimação pessoal do Ente Municipal era devida apenas no que se refere à citação inicial, sendo os demais atos cientificados através de seus procuradores, com a publicação no veículo oficial de divulgação dos atos processuais.

In casu, a sentença recorrida foi publicada no Diário de Justiça – Edição nº 5506/2014, no dia 26/05/2014 – segunda-feira, iniciando-se o prazo para



recurso no dia útil seguinte, 27/05/2014, para ambas as partes. Contudo, por se tratar de ente da Fazenda Pública o ora apelante possuía prazo em dobro, com término em 30/06/2014.

No entanto, a petição de interposição da presente apelação, acompanhada das razões, só foi apresentada ao protocolo do Fórum de Acará, no dia 14/08/2014 (fls. 1.222), portanto, mais de 2 meses depois do término do prazo recursal.

Note-se que o fato de ter havido uma dupla intimação do Município, sendo uma através do Diário de Justiça e outra erroneamente efetuada de maneira pessoal, no dia 30/06/2014 (fls. 1.219), não torna nula a intimação via imprensa oficial. Ao contrário, de acordo com a legislação processual vigente a época, era esta suficiente para ciência do ente Municipal, portanto, apta a presumir a ciência do procurador municipal, que ficou-se inerte.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR MUNICIPAL. ART. 25 DA LEI 6.83080. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a prerrogativa da intimação pessoal só é conferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, não se aplicando aos Procuradores Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios" (AgRg no AREsp 227.395BA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 221112). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 432.962RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 25022014).

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL DE PROCURADORES DE ESTADO. INAPLICÁVEL. RECURSO INTERPOSTO APÓS O PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 508 CC O ART. 188 DO CPC. INTEMPESTIVIDADE CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte tem decidido que essa prerrogativa somente é conferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, não se aplicando aos Procuradores Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios. 2. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação." (Súmula 418 do STJ) 3. In casu, o início do prazo recursal se deu no dia 27.8.2012 (fl. 563, e-STJ), e a petição do recurso especial foi protocolada no dia 18.7.2012 (fl. 563, e-STJ), anterior, portanto, à abertura do prazo recursal. Recurso especial intempestivo. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1434692PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14042014).

E M E N T A ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. URV. FAZENDA PÚBLICA. DUPLA INTIMAÇÃO DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO RÉU. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. VALIDADE DA PRIMEIRA INTIMAÇÃO VIA DIÁRIO ELETRÔNICO. INTERPOSIÇÃO DEPOIS DO PRAZO LEGAL DE TRINTA DIAS. INTEMPESTIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO. PERCENTUAL A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Diferentemente do Advogado da União, do Procurador da Fazenda Nacional, do Defensor Público e do Ministério Público, os Procuradores de Estado, do Distrito Federal e de Municípios não fazem jus ao benefício da intimação pessoal, sendo válida a



intimação efetuada por meio da imprensa oficial. II - Logo, conta-se o prazo para interposição do recurso a partir do momento em que a parte tomou ciência da decisão, mesmo que posteriormente tenha havido nova intimação. III. A decisão monocrática analisou as preliminares e fundamentou a rejeição, bem como foram abordadas todas as questões trazidas no recurso. IV. O julgamento antecipado da lide não causa cerceamento de defesa, quando está de acordo com as hipóteses previstas no . V. A perda decorrente da conversão salarial de cruzeiro real para URV é matéria pacificada neste Tribunal e nas Cortes Superiores, sendo que o percentual dos servidores do Poder Executivo deve ser apurado em liquidação de sentença. VI. Agravo improvido. (TJMA - AGR 0492562015 MA 0002489-22.2013.8.10.0027 Orgão Julgador QUINTA CÂMARA CÍVEL Partes Agravado: JOSIMAR ALVES DA SILVA, Agravante: MUNICÍPIO DE BARRA DO CORDA Publicação 22/03/2016 Julgamento 21 de Março de 2016 Relator MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES)

**APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE GUARAPUAVA. DECRETO QUE DECLAROU A NULIDADE DO ATO DE NOMEAÇÃO, POR NAO RESPEITAR À (LC Nº. /00). SENTENÇA DE 1º GRAU PELA PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. 1) APELO DO MUNICÍPIO DE GUARAPUAVA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO. VALIDADE DA INTIMAÇÃO VIA DIÁRIO DA JUSTIÇA. RECURSO INTEMPESTIVO. APELAÇÃO NAO CONHECIDA. 2) RECURSO ADESIVO QUE SEGUE A SORTE DO RECURSO PRINCIPAL. ART. , , DO . RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 3) REEXAME NECESSÁRIO. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO, ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. ATO NULO. REINTEGRAÇÃO AO CARGO COM A CONSEQÜENTE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS REMUNERAÇÕES REFERENTES AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA DO ART. 1º-F DA LEI Nº /97, COM REDAÇÃO DA MP 2.180- 35/2001 (0,5% AO MÊS) E LEI /09. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, APENAS QUANTO AOS JUROS MORATÓRIOS, MANTIDA NOS DEMAIS TERMOS. (TJPR - CJ 8604333 PR 860433-3 (Acórdão) Orgão Julgador 5ª Câmara Cível Publicação DJ: 1039 Julgamento 29 de Janeiro de 2013 Relator Rogério Ribas)**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DUPLA INTIMAÇÃO DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO AUTOR. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. VALIDADE DA PRIMEIRA INTIMAÇÃO VIA DIÁRIO. RECURSO INTEMPESTIVO. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. (AC 6862240 PR 0686224-0 (TJPR - Orgão Julgador 5ª Câmara Cível Publicação DJ: 501 Julgamento 19 de Outubro de 2010 Relator Rogério Ribas)**

Nestes termos, acolho a preliminar de intempestividade do recurso interposto pelo Município, deixando de conhece-lo ante a ausência de pressuposto de admissibilidade.

Ante o não conhecimento do recurso do ente municipal, a hipótese equivale à de não-interposição de recursos, para o fim de definição do cabimento do reexame necessário. O recurso interposto, por não preencher os pressupostos de admissibilidade, não permitirá o reexame da solução dada ao mérito da causa. Então, terá de haver reexame de ofício – nos termos do





art. 475.

Passo assim a análise do Reexame Necessário.

O cerne da questão está em saber se há direito ou não a percepção do adicional noturno pelos servidores que exercem a função de vigia no Município de Acará.

Compulsando os autos, vislumbro que os autores juntaram farta documentação demonstrando que são servidores da Prefeitura Municipal de Acará, na função de vigia, e que conforme demonstram os contracheques nunca receberam a parcela do adicional noturno. (documentos de fls. 07/623)

De outra ponta o Município de Acará em sua contestação (fls. 638/642), ateu-se em afirmar a inépcia da inicial por ausência de fundamentação jurídica, pois o artigo da lei municipal nº 040/92 apontado pelos autores não corresponde ao pedido de adicional noturno e que por isso não teria instruído os autos com documento hábil que comprovassem suas alegações. No mérito, destacou que quaisquer direitos aos servidores estatutários, sem lei prévia que o autorize e discipline, não havendo, portanto, fundamento para os autores pleitearem suposta diferença do adicional noturno.

Tendo sido solicitado pelo juízo a pedido do Ministério Público a folha de ponto dos servidores para quantificação dos valores e do período em que seria devido o adicional noturno

Em decisão acertada e muito bem fundamentada o juízo de primeiro grau afastou a preliminar de inépcia da inicial sem merecer qualquer retoque, pois não é necessário ao autor apresentar a fundamentação jurídica correta do caso, apenas descrever os fatos porquê entende possuir tal direito, como se inferi do antigo brocardo: Da mihi factum, dabo tibi jus – dê-me os fatos que te darei o direito.

Ademais, como determina o art. 5º., XXXV, da CF, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Assim, não há que se falar em inépcia da inicial.

Quanto ao mérito, também não vislumbro motivos para reforma da sentença, pois os documentos que instruem os autos demonstram a contento a relação contratual firmada entre os autores e o Município de Acará-PA, com os termos de posse dos servidores no cargo de vigia, bem como, a ausência do pagamento do adicional noturno, que se percebe pelos contracheques juntados.

Portanto, desincumbiu-se o autor de demonstrar a veracidade do direito alegado. De outra ponta, caberia ao réu, demonstrar fatos impeditivos do direito dos autores, em decorrência do previsto no art. 333, II, do CPC.

Da análise dos autos, o que se vê é réu não demonstrou o efetivo pagamento dos valores cobrados, nem qualquer causa excludente da obrigação.

Ressalte-se que fora deferido pelo juízo e a pedido da

Entendo ainda, que no presente caso, aplica-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em que o ônus da prova é distribuído para quem puder suportá-lo. Tal teoria surgiu para suprir as falhas sistemáticas



onde a parte que alega o fato tem sempre o ônus de prová-lo, pondo-a na difícil situação de, muitas vezes, ter que provar o impossível ou, excessivamente difícil, que a doutrina menciona como, produzir a prova diabólica.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CLÁUSULA DO EDITAL DO CONCURSO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7STJ. EXIGÊNCIA DE PROVA DE FATO NEGATIVO. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao STJ nos termos da Súmula 7. 2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que o Tribunal a quo entendeu, a partir da análise dos fatos constantes dos autos, pela presença de direito líquido e certo apto a ser tutelado em sede de mandado de segurança. 3. Isso porque, em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de "prova diabólica", exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. Precedente: AgRg no AgRg no REsp 1187970SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05082010, DJe 16082010. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 262594RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18122012, DJe 05022013)

MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO POLICIAL. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. JUSTIFICATIVA GENÉRICA. PROVA DIABÓLICA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. In casu, o Impetrante, teve sua remoção determinada de ofício, posto que não apresentava o perfil para desenvolver as atividades de Policiamento Comunitário. Analisando detidamente o ato que determinou a transferência do impetrante para a cidade de Miguel Alves, constato que a mesma não demonstra motivo válido para a prática do ato de remoção. 2. Caberia, portanto a autoridade coatora, convalidar o ato, de forma excepcional, mediante a exposição, mesmo que em momento posterior, dos motivos idôneos e preexistentes que foram a razão determinante para a prática do ato, ainda que estes fossem apresentados apenas nas informações prestadas pela autoridade coatora em mandado de segurança impetrado pelo servidor removido. 3. Caberia no caso em tela, o impetrante colacionar aos autos prova da inexistência de avaliação prévia para determinar sua inadequação para policiamento comunitário. Entretanto, tal prova denomina-se de prova diabólica que é aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida como, por exemplo, a prova de um fato negativo, não aceito no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Cabendo ao Estado tal mister, de apresentação de provas ou ao menos justificação do ato, não sendo possível a simples alegação de interesse público, por se tratarem de justificativas genéricas. 5. Segurança concedida. (TJPI | Mandado de Segurança Nº 2013.0001.006172-0 | Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa | Tribunal Pleno | Data de Julgamento: 11/09/2014 )

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISIÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FUNCIONAIS DEFERIDA PELO TRIBUNAL MAS NÃO CUMPRIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO POR DEFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. CERCEAMENTO DE ACESSO À PROVA CARACTERIZADO. TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS. . GARANTIAS NÃO ATENDIDAS.



CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. [...] 5- Cumpre perceber que a requisição judicial de documentos, como prescrita no art. , § 1º, da Lei nº /09, guarda estreita afinidade com a moderna Teoria das cargas probatórias dinâmicas, segundo a qual, nas palavras de Eduardo Cambi, cabe ao magistrado, enquanto gestor do concerto probatório, "verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes", cuja técnica "encontra respaldo imediato na dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva" (in Curso de direito probatório. Curitiba: Juruá, 2014, p. 227 e 229). 6- Noutro passo, para além de desatender ao princípio do amplo acesso à prova, o acórdão hostilizado também acabou por desmerecer aos princípios e garantias decorrentes da combinada exegese dos artigos , e da Lei n. /2003 (), no que asseguram aos litigantes maiores de 60 (sessenta) anos facilidade na produção de provas e a efetivação concreta desse direito, mediante, sobretudo, o efetivo cumprimento de diligências probatórias judicialmente determinadas. 5- Recurso ordinário conhecido e provido para, cassando-se o acórdão recorrido, fazer retornar os autos ao Tribunal de origem, para os fins indicados no dispositivo da presente decisão colegiada"(STJ - RMS 38.025/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 1.10.2014).

Quando se está diante de uma prova diabólica, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, caso a caso. [...] Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se pelos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade' (DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo do conhecimento, 6ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 524)"(TJSC - AC n. 2014.026942-5, de Lauro Müller, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 12.5.2015).

"[...] APLICABILIDADE, TODAVIA, DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. AGRAVANTE QUE REÚNE MELHORES CONDIÇÕES DE DEMONSTRAR A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADOTADO. Muitos de nossos tribunais, outrossim, têm extraído a regra de nosso sistema processual. Caso emblemático em que se abraça a tese ora examinada é o da responsabilidade civil do profissional liberal, principalmente do médico, vez que este, quando demandado, sempre tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima provar sua atuação irregular - a despeito de, pela regra estática de distribuição do ônus da prova (art. , ), a ele não caber esse ônus. (Curso de direito processual civil. Vol. 2. 6. ed., Salvador: Juspodivm, p. 96/99). [...]"(TJSC - AC n. 2008.001848-9, de Turvo, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 9.7.2015).

Ora, certamente é mais viável para a administração pública demonstrar através da folha de ponto dos servidores, que os autores não fazem jus ao adicional noturno, porém não conseguiu eximir-se de tal ônus.

Quanto ao adicional noturno, a Constituição da República em vigor, em seu art. 7º, IX, estendeu aos servidores públicos alguns direitos sociais outorgados aos trabalhadores da iniciativa privada, dentre eles, o adicional noturno, vejamos:

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

(...) IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno."

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

§ 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."

Portanto, trata-se de direito garantido constitucionalmente aos servidores que trabalham no horário noturno, de aplicação imediata, que independe de qualquer provimento complementar, por serem normas autoaplicáveis. Logo, como bem pontuou o magistrado de piso, desnecessária previsão em legislação local visando sua regulamentação.

Não obstante, a Lei Municipal n.º 040/92, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Acará, em seu art. 154, § 1º., determina:

" A remuneração da hora extra noturna, prestada no horário compreendido entre vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia imediato, será superior a diurno em vinte e cinco por cento".

Portanto, irrefutável o direito dos autores ao recebimento do adicional noturno. Somente devendo ser observado em fase de liquidação de sentença, a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, bem como, a existência de valores recebidos a título de adicional noturno por alguns servidores a partir de 2009, como afirmam os próprios autores.

Ademais, como muito bem pontuou o magistrado de piso, ainda que eventualmente não tenha sido regularmente observado o procedimento administrativo para a realização de despesas públicas essa hipótese não enseja a desobrigação da Administração a arcar com a contraprestação dos serviços realizados, devendo eventual irregularidade ser investigada pelas autoridades competentes ensejando, se for o caso, a responsabilização dos agentes públicos.

Não pode portanto, a administração pública alegar a ausência de previsão de despesa pública ou as limitações com as despesas públicas impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal como pretexto para denegar direito adquirido do servidor municipal de receber pelos serviços prestados e em conformidade ao artigo 37, caput e artigo 39, §1º., da Constituição Federal.

Portanto, neste ponto não há motivos para reforma da sentença recorrida.

Apenas quanto ao juro e correção monetária a ser aplicado aos valores devido, reformo a sentença a quo para que seja observado em sede de liquidação de sentença o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que determina a incidência da atualização monetária e compensação da mora uma única vez, até o efetivo pagamento, utilizando-se os índices da caderneta de poupança, desde a citação válida, com base no entendimento do STJ.

Pelo exposto, não conheço da Apelação Cível do Município de Acará, ante a sua intempestividade. Em sede de Reexame Necessário, reformo parcialmente a sentença a quo, que seja observado em sede de liquidação de sentença o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com base no entendimento do STJ, conforme fundamentação lançada ao norte. É como voto.

P.R.I.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº3731/2015-GP.



---

Belém, 17 de abril de 2017.

Desembargadora Ezilda Pastana Mutran  
Relatora