



Número: **0809737-05.2020.8.15.0000**

Classe: **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

Órgão julgador colegiado: **Tribunal Pleno**

Órgão julgador: **Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque**

Última distribuição : **22/07/2020**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Assuntos: **Abono Pecuniário (Art. 78 Lei 8.112/1990)**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
Des. MARCOS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE (SUSCITANTE)			
TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DA PARAIBA (SUSCITADO)			
RONALDO BEZERRA DE MELO (TERCEIRO INTERESSADO)		PATRICIA SALES FARIAS (ADVOGADO)	
MUNICIPIO DE CABEDELO (TERCEIRO INTERESSADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
8816540	21/11/2020 12:30	Acórdão	Acórdão



PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. GUARDAS MUNICIPAIS DE CABEDELO/PB. PROGRESSÃO FUNCIONAL. REQUISITOS. ELEMENTO SUBJETIVO. BOM COMPORTAMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. ART. 373, §§ 1º E 2º DO CPC. EXCESSIVA DIFICULDADE DE CUMPRIR O ENCARGO IMPOSTO AO AUTOR. INCUMBÊNCIA DO MUNICÍPIO. TESE JURÍDICA FIXADA.

1. Nos termos da teoria dinâmica do ônus da prova, compete ao Município de Cabedelo comprovar o comportamento funcional dos Guardas Municipais daquela localidade, capaz de impedir a progressão funcional prevista no art. 14 da Lei Municipal nº. 1.292/2006; aplicando-se esta tese para qualquer Município que adote lei com a mesma redação no Estado da Paraíba.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores do Egrégio Tribunal Pleno, apreciando o processo acima indicado, em proferir a seguinte decisão: ADMITIDO O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, COM A APROVAÇÃO DA A SEGUINTE TESE: NOS TERMOS DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA, COMPETE AO MUNICÍPIO DE CABEDELO COMPROVAR O COMPORTAMENTO FUNCIONAL DOS GUARDAS MUNICIPAIS DAQUELA LOCALIDADE, CAPAZ DE IMPEDIR A PROGRESSÃO FUNCIONAL PREVISTA NO ART. 14 DA LEI MUNICIPAL Nº. 1.292/2006; APLICANDO-SE ESTA TESE PARA QUALQUER MUNICÍPIO QUE ADOTE LEI COM A MESMA REDAÇÃO NO ESTADO DA PARAÍBA.

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas, por mim suscitado, nos autos da apelação cível nº 0801454-36.2017.8.15.0731, a fim de definir, por meio de tese jurídica, de caráter vinculante, a quem incumbirá o ônus probante relacionado ao elemento subjetivo previsto no art. 14, §2º, da Lei Municipal de Cabedelo nº 1.292/2006, que trata da progressão funcional dos guardas municipais daquela cidade.

Os desembargadores integrantes do Egrégio Tribunal Pleno deste Tribunal, por unanimidade, em sessão realizada no dia 29 de julho do corrente ano, admitiram a instauração do IRDR, nos termos propostos pelo Relator, em acórdão assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. GUARDAS MUNICIPAIS DE CABEDELO/PB. PROGRESSÃO FUNCIONAL. REQUISITOS. ELEMENTO SUBJETIVO. BOM COMPORTAMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. EFETIVA REPETIÇÃO DE DEMANDAS. IDÊNTICA CONTROVÉRSIA DE DIREITO. RISCO À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. REQUISITOS PREENCHIDOS. IRDR ADMITIDO. 1. O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no art. 976 e seguintes da legislação processual civil, é cabível quando houver, simultaneamente,



“efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.” 2. No âmbito das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça da Paraíba, é recorrente a discussão acerca do ônus probatório destinado à comprovação dos requisitos exigidos pela legislação municipal de Cabedelo para progressão funcional dos guardas municipais daquela cidade, havendo, inclusive, divergência entre as Câmaras Cíveis na segunda instância de jurisdição. 3. Restando preenchidos os requisitos da Lei Processual Civil, é de rigor a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, para, por meio de tese jurídica de caráter vinculante, definir a quem incumbirá o ônus probante relacionado ao elemento subjetivo previsto no art. 14, §2º da Lei Municipal de Cabedelo nº 1.292/2006, que trata da progressão funcional dos guardas municipais daquela cidade.”

Com a admissão do incidente, foi determinada a imediata suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado, que versem sobre a matéria, nos termos do art. 982, I, do CPC.

Intimados o autor, Município de Cabedelo e Ministério Público para apresentarem manifestação quanto ao tema proposto ao IRDR e juntar eventuais documentos, assim como requerer diligências.

Somente o Ministério Público apresentou manifestação constante no ID nº. 8096416, opinando pela fixação da tese no sentido de que caberá ao promovente o ônus da prova do requisito subjetivo previsto no artigo 14, § 2º, da Lei Municipal de Cabedelo nº. 1.292/2006, que trata da progressão funcional dos guardas municipais daquela cidade.

É o relatório.

Voto (Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque).

Seguindo tendência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores, o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou, no ordenamento jurídico pátrio, a teoria brasileira dos precedentes, copiando modelos internacionais bem sucedidos e conferindo à jurisprudência um papel determinante na solução de litígios.

Nesse sentido, os Tribunais de segunda instância receberam protagonismo singular no sistema judicial de precedentes qualificados, assim como já ocorria no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, por meio, respectivamente, do instituto da repercussão geral e da técnica de julgamento dos recursos repetitivos (arts. 1.036 e seguintes do CPC/15).

Por essa razão, o art. 926 do CPC impôs aos Tribunais (locais e superiores) o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, e, para tanto, outorgou às Cortes de Precedentes três instrumentos processuais distintos e autônomos:

i) o incidente de assunção de competência, previsto no caput do art. 947 da Lei Adjetiva, cabível “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos;”

ii) o instituto da composição de divergência, assemelhado à antiga uniformização de jurisprudência, previsto no §4º do art. 947 do CPC, cabível “quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”; e, por fim,



iii) o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no art. 976 e seguintes da legislação processual civil, cabível quando houver, simultaneamente, “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

O instituto do IRDR, em verdade, é um importante aliado do Tribunal para o enfrentamento de questões de direito vislumbradas em demandas de massa, que se reproduzem diuturnamente nas unidades judiciárias do nosso Estado, sendo assaz importante o seu bom uso no enfrentamento racional e célere das demandas, afinal, é muito mais lúcido julgar de maneira exauriente determinado tema, enfrentando todas as suas peculiaridades e firmando tese vinculante, de observância obrigatória, do que continuar a julgar de maneira mecanizada diversas demandas que versem sobre idêntica matéria, muitas vezes sem o necessário aprofundamento teórico a respeito do tema, em decorrência de falta de tempo e da quantidade de demandas submetidas a um único julgador.

A eficácia vinculante do IRDR permite, a um só tempo, o julgamento de processos em bloco, fora da ordem cronológica (art. 12, § 2º, II do CPC); a improcedência liminar do pedido (art. 332, III do CPC); a desnecessidade de remessa necessária nas ações contra a Fazenda Pública (art. 496, § 4º, III); e, no âmbito do Tribunal, uma vez interposto o recurso sobre aquela temática, permite ao relator, monocraticamente, negar seguimento, quando o recurso for contrário ao entendimento firmado no IRDR (art. 932, IV, “c”) e, também monocraticamente, dar provimento, quando a decisão for contrária ao entendimento firmado em IRDR (art. 932, V, “c”).

Além disso, fixada a tese jurídica de eficácia vinculante, há um desestímulo na judicialização de temas pacificados e na própria decisão de interposição de recursos.

Estabelecidas essas premissas, passo à análise do caso concreto.

A questão jurídica submetida a julgamento, cadastrada como Tema nº. 6, consiste em analisar a quem incumbirá o ônus probante relacionado ao elemento subjetivo previsto no art. 14, §2º, da Lei Municipal de Cabedelo nº 1.292/2006, que trata da progressão funcional dos guardas municipais daquela cidade.

O Estatuto da Guarda Civil Municipal de Cabedelo, Lei nº 1.292/2006, ao tratar acerca da progressão dos servidores, estabelece:

Art. 14. A progressão é a elevação funcional à classe superior, por componentes de uma mesma classe, com atribuições e responsabilidades mais complexas, mediante o critério de antiguidade, que levará em consideração o interstício mínimo de três (3) anos ininterruptos na classe anterior, exceto para as classes GCM Classe VI, GCM Classe VII e GCM Classe Especial, que será de cinco (5) anos, bem como, o comportamento que deverá ser no mínimo o comportamento Bom, não ensejando a abertura de vaga.

§ 1º A data da progressão dos Guardas Civis Municipais ocorrerá uma vez por ano a cada dia 15 de novembro, dentre os Guardas Civis Municipais que venham a preencher os requisitos de que trata o “caput” deste artigo.

§ 2º As condições exigíveis para a progressão hierárquica na Guarda Civil Municipal são:

I – interstício mínimo de três (3) anos ininterruptos na classe anterior e de cinco (5) anos para as Classes VI, VII e Especial;



II – exigência de no mínimo o comportamento Bom.

§ 3º São superiores em ordem crescente hierárquica aos Guardas Civis Municipais, dentro de seu círculo:

I – Guarda Civil Municipal, Classe 1 (GCM-I);

II – Guarda Civil Municipal, Classe 2 (GCM-II);

III – Guarda Civil Municipal, Classe 3 (GCM-III);

IV – Guarda Civil Municipal, Classe 4 (GCM-IV);

V – Guarda Civil Municipal, Classe 5 (GCM-V);

VI - Guarda Civil Municipal, Classe 6 (GCM-VI);

VII - Guarda Civil Municipal, Classe 7 (GCM-VII);

VIII - Guarda Civil Municipal, Classe Especial (GCM-Especial).

(...)

Por oportuno, ressalte-se ainda o previsto no art. 9º, §3º, do supracitado diploma legal, que estabelece os percentuais a serem aplicados a cada classe:

Art. 9º A remuneração dos Guardas Civis Municipais constará de vencimento-base mais adicional por periculosidade, calculado à razão de 60% deste, e de adicional noturno por prestação de serviços noturnos, só incidente quando forem efetivamente prestados e calculada à razão de 20% do vencimento-base.

(...)

§ 3º Os Guardas Civis Municipais do círculo hierárquico de GCM-II a GCM-Especial farão jus a gratificação por elevação de classe (GEC) de 10% à 100%, aplicando-se ao GCM-II – 10%, GCM-III – 20%, GCM-IV – 30%, GCM-V – 40%, GCM VI – 60%, GCM VII – 80% e GCM - Especial – 100% respectivamente, incidente sobre o vencimento-base, a qual se incorporará à remuneração em definitivo, não cumulativamente uma à outra.

Dessa forma, pela dicção legal dos supracitados dispositivos legais, o servidor público ocupante do cargo de Guarda Civil do Município de Cabedelo pode galgar a elevação funcional à classe superior, desde que tenha por requisito, o interstício mínimo de 03 (três) anos ininterruptos na classe anterior, exceto para as classes GCM Classe VI, GCM Classe VII e GCM Classe Especial, que será de 05 (cinco) anos, bem como, o comportamento que deverá ser no mínimo o comportamento “Bom”.

Desse modo, como bem salientado pela douta Procuradoria de Justiça, a fixação da tese jurídica reside na discussão acerca da distribuição do ônus da prova, a fim de avaliação do elemento subjetivo previsto no art. 14, §2º da Lei Municipal de Cabedelo nº 1.292/2006, ou seja, avaliar se o guarda municipal possui ou não “bom comportamento”.

A regra geral de distribuição do ônus da prova no direito brasileiro está disciplinada no art. 373 do Código de Processo Civil vigente, que dispõe da seguinte maneira:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:



I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com efeito, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, aquele que deu origem à relação jurídica alegada na inicial. O réu, por sua vez, poderá provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao positivar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, contida nos parágrafos 1º e 2º do art. 373, segundo a qual:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Desta feita, segundo o Princípio da distribuição dinâmica da prova, é possível que o julgador, diante do caso concreto, ante a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo imposto às partes, atribua o ônus da prova àquele que possua melhores condições de produzi-la.

Sobre o tema, prestante é o ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

“O Novo Código de Processo Civil inova quanto ao sistema de distribuição dos ônus probatórios, atendendo corrente doutrinária que já vinha defendendo a chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”. Na realidade, criou-se um sistema misto: existe abstratamente prevista em lei uma forma de distribuição, que poderá ser no caso concreto modificada pelo juiz. Diante da inércia do juiz, portanto, as regras de distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil continuarão a ser as mesmas do diploma processual revogado.

(...)

O Novo Código de Processo Civil adota essa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova. Conforme já mencionado, apesar de o art. 373 em seus dois incisos repetir as regras contidas no art. 333 do CPC/1973, em seu § 1.º permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa. (Cf. Neves, Daniel Amorim Assumpcao, Manual de direito processual civil – Volume unico / Daniel Amorim Assumpcao Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 604)”



No caso em exame, alio-me a corrente no sentido de que, exonerando-se o autor de seu ônus “probandi” de comprovar o preenchimento do interstício mínimo legalmente exigido, compete ao Município desconstituir o direito aduzido na peça de ingresso, mediante a demonstração de que teria o autor incorrido na hipótese legalmente disciplinada, apta a afastar a obtenção da progressão requerida.

Isso porque, caso se adote entendimento contrário, eventual inércia da administração em proceder à avaliação de desempenho, exigiria do servidor a produção de prova diabólica ou de difícil produção.

A prova diabólica é uma expressão utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil de ser produzida, ou seja, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração.

Destaca-se que a prova diabólica é aquela impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, por exemplo, a prova de fato negativo; neste caso, o agente de segurança municipal de Cabedelo, não tem como provar que o seu comportamento é bom ou ruim, desde que, a prefeitura é a única detentora dos arquivos e ficha funcional do funcionário com os registros de sua vida funcional e todas as anotações a respeito de seu desempenho e de sua conduta no trabalho de Agente de Segurança Pública.

Exigir que o autor comprove dados que não tem posse, ao contrário, estão sob o poder da Repartição, é exigir que ele junte aos autos uma prova difícil, senão impossível, pois o servidor não possui o acesso a tais informações junto ao Setor de Recursos Humanos da Prefeitura.

Como se pode comprovar o comportamento, bom ou mal, a meu ver só será possível exibir essa prova por meio de Sindicância, para o que só o Poder Público, no caso a Prefeitura pode fazer e só ela poderá ter essa prova, e, jamais, o servidor municipal. Essa avaliação é inerente à Gestão pública, e nunca ao servidor.

O princípio da impossibilidade da produção da prova negativa do Fato baseia-se nos ensinamentos do Direito Canônico, de que somente o **DIABO** poderia prova um fato negativo.

Dessa forma, deve-se afastar a chamada “**probatio diabolica**”. Tal ideia fundamenta-se na seguinte situação: uma testemunha pode assegurar que não viu um réu cometer um crime. No entanto, é praticamente impossível que a mesma testemunha afirme que o réu nunca cometeu um crime (prova negativa, impossível ou diabólica).

No Direito Processual Civil foi adotada a teoria estática de distribuição do **ÔNUS DA PROVA**, em que a prova é distribuída de maneira imutável entre as partes, ou seja, a prova é incumbência de quem alega. No entanto, a teoria estática não resolve os casos de prova diabólica ou negativa.

Para tentar resolver esta questão, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em que o ônus da prova é distribuído para quem puder suportá-la.

Tal teoria foi amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como fundamento o princípio Constitucional da igualdade, ou seja, de que todos são iguais perante a lei.

No caso da distribuição do ônus da prova no processo penal, cumpre destacar que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence exclusivamente à acusação sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (prova diabólica). Isso a jurisprudência pacífica na esfera Criminal.

Igualmente na esfera Cível no que concerne à necessidade de afastabilidade da prova diabólica o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AgRg no REsp nº. 1.187.970-SC, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma, firmou o entendimento de que a exigência de que os agravados façam prova da inexistência de intimação da decisão recorrida equivale a prescrever a produção de uma prova diabólica de difícil produção, pois os agravados teriam o ônus de provar um fato negativo. Cita-se a Ementa do Acórdão, in verbis:



AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. MEIO DIVERSO DE VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. 1 - Em homenagem ao princípio da instrumentalidade, a ausência da certidão de intimação da decisão agravada pode ser suprida por outro instrumento hábil a comprovar a tempestividade do agravo de instrumento. 2 - **Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário.** 3 - Dentro do contexto dos deveres de cooperação e de lealdade processuais, é perfeitamente razoável assumir que a notificação remetida por uma das partes à outra, em atenção à determinação judicial e nos termos da Lei 6.015/73, supre a intimação de que trata o art. 525, I, do CPC. Agravo a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010)

A respeito do ônus da prova, o legislador Processual Civil, fez uma distribuição equitativa para as partes. No caso presente, de provar que o autor/demandante não tem um bom comportamento, para não fazer jus à ascensão funcional, cabe exatamente à ré, ou seja, à Prefeitura Municipal de Cabedelo, pela dicção do art. 373, inciso II, do CPC.

O art. 374 do CPC, chega a dispensar a produção de prova em certos casos, tais como fatos notórios, confessados pela parte, incontroversos, e, em cuja presunção legal milita em favor da parte sobre sua existência legal, ou sua veracidade.

É o caso dos autos, senão vejamos textualmente o que giza o CPC:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

O novo CPC, em feliz inovação, introduziu no sistema processual, mais um poder ao Juiz na livre apreciação das provas, qual seja, o poder de aplicar as regras da experiência comum do homem médio, subministrada pela observação do que acontece nos autos e aplicar sua experiência técnica, ressalvando, ademais o exame pericial.

Vejamos as lições do CPC:

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.



Por oportuno, peço vênia para transcrever trechos do voto preferido pelo Eminentíssimo Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Resp nº. 883.656-RS, versando o caso sobre matéria de Direito Ambiental, analisando a regra geral do velho art. 333 do CPC, sobre o ônus dinâmico e a inversão da carga probatória:

O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

(...) impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição prevista no art. 333 do CPC. Tal tarefa vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de civil law, seja de common law, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca de efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à Justiça.

(...)

Em contraposição à previsão de índole individualista-liberal estampada no CPC, na hipótese dos autos o que se tem, portanto, é uma distribuição dinâmica do ônus da prova, determinada pelo legislador, segundo a qual o encargo de provar deve ser suportado por quem melhor e mais facilmente possa fazê-lo, conforme as circunstâncias da demanda.

(...)

Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a probatio diabólica do caminho dos sujeitos vulneráveis. O legislador, diretamente na lei (= ope legis), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= ope judicis), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas pelo sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

In casu, é a Administração Pública que de fato detém, através do setor de Recursos Humanos, os meios e documentos hábeis a provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como por exemplo, o histórico funcional, as fichas e registros comportamentais dos servidores públicos.



Nesse viés, não me parece crível atribuir tal encargo ao servidor público quando apenas a própria Administração Pública tem o poder sobre os documentos capazes de provar a avaliação comportamental de cada servidor, no caso em questão, os guardas civis municipais.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. OMISSÕES. NÃO OCORRÊNCIA. 2. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. APRESENTAÇÃO APÓS A CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRORROGAÇÃO PELO JUIZ. CABIMENTO. PRAZO DILATÓRIO. SÚMULA 83/STJ. 3. APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DA PUBLICAÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO, SE NÃO MODIFICADO O JULGADO EMBARGADO. SÚMULA 83/STJ. 4. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. PRETENSÃO QUE DEVE SER ANALISADA CONFORME O ÔNUS DA PROVA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. SÚMULA 83/STJ. 5. AGRADO INTERNO DESPROVIDO. (...) 4. O entendimento do STJ é no sentido de que, "embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC [de 1973], uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso" (REsp 1.286.704/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013). 4.1. A par dessa premissa, a pretensão de exibição de documento, na hipótese ora em foco, deve ser analisada conforme a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Precedentes. Súmula 83/STJ. 5. Agrado interno desprovido. (AgInt no AgInt no AREsp 1589774/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020)

AGRAVO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 2. DEMONSTRAÇÃO DA ABUSIVIDADE. ÔNUS DA PROVA. 2.1. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 2.2. AFERIÇÃO DE QUE A RÉ DESINCUMBIU-SE DO SEU ÔNUS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 3. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO, MAIS UMA VEZ, DA SÚMULA 7/STJ. 4. PRETENSÃO DE OBSERVÂNCIA AO PACTA SUNT SERVANDA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. 5. AGRADO DESPROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior, admite a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual, havendo peculiaridades relativas à excessiva dificuldade de uma das partes em produzir as provas necessárias, esse ônus deve ser atribuído de forma diversa, por decisão judicial fundamentada, àquela parte que tiver mais facilidade na sua produção, como asseverado pelo Tribunal de origem na hipótese. Súmula 83/STJ.



(...) (AgInt no AREsp 1438327/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020)

Não é demais destacar, reforçando todo o entendimento aqui explanado, que a Lei Municipal nº. 1.293/2006, que dispõe sobre a estrutura organizacional da Secretaria de Segurança Municipal, prevê, em seu art. 12, a competência da Diretoria Administrativa, como órgão de direção setorial vinculado ao Gabinete do Secretário Adjunto de Segurança, encarregado do controle administrativo dos integrantes da Secretaria de Segurança Municipal, dos registros funcionais em boletim interno e arquivos próprios.

Ou seja, é exatamente a Diretoria Administrativa quem detém os registros funcionais dos integrantes da Secretaria de Segurança Municipal, dentre os quais estão os guardas civis municipais.

Cumpra assentar, ainda, que essa Egrégia Corte de Justiça tem se posicionado no sentido de ser desnecessária a prova do prévio requerimento no âmbito administrativo quando o próprio ente público explicita resistência à pretensão deduzida na petição inicial. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. GUARDA CIVIL DO MUNICÍPIO DE CABEDELO. PLEITOS. RISCO DE VIDA E GRATIFICAÇÃO DE ELEVAÇÃO DE CLASSE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR QUANTO AO RISCO DE VIDA. PROMOVENTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DOS ÔNUS PROBATÓRIOS QUE LHE COMPETE. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL EXCLUSIVA DE SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 13 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.292/2006. PAGAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 373, I, DO CPC/2015. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESSE ASPECTO. APELO DO MUNICÍPIO. IRRESIGNAÇÃO QUANTO AO PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE ELEVAÇÃO DE CLASSE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. PRETENSÃO RESISTIDA. REQUISITO TEMPORAL DEMONSTRADO. REQUISITO COMPORTAMENTAL. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO EXISTÊNCIA DE SINDICÂNCIA OU PAD QUE SUGIRA O MAU COMPORTAMENTO DO SERVIDOR. PRESUNÇÃO RELATIVA NÃO DESCARACTERIZADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. A decisão a quo revela-se acertada, tendo em vista que o art. 13 da Lei Municipal nº 1.292/2006 é expressa em garantir o pagamento da gratificação de risco de vida aos guardas civis que exerçam atividade especial exclusiva de segurança pública, condição que não restou devidamente comprovada nestes autos. Aplicação do art. 373, I, do CPC/2015. Manutenção da sentença neste aspecto. Desprovisionamento do apelo do servidor. 2. Também não assiste razão ao ente público, devendo ser mantida a condenação ao pagamento da gratificação de elevação de classe, eis que desnecessário o requerimento administrativo quando a edilidade, judicialmente, apresenta resistência à pretensão do servidor. 3. Além disso, restam preenchidos os requisitos legais para a concessão do pleito, sendo importante registrar que a ausência de provas quanto à tramitação de procedimento administrativo disciplinar ou sindicância em desfavor do guarda municipal indicam o seu bom comportamento, presunção relativa que não foi afastada pelo Município. Aplicação do art. 373, II, do CPC/2015. Manutenção da condenação à correção do valor da gratificação e pagamentos dos valores retroativos, observada a prescrição quinquenal, como já decidido pelo Juízo a quo.



Desprovemento do recurso do ente público. VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDAM os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, negar provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do relator e da certidão de julgamento retro. (0801101-59.2018.8.15.0731, Rel. Des. José Aurélio da Cruz, APELAÇÃO, 2ª Câmara Cível, juntado em 16/01/2020)

Partindo dessas conclusões, proponho o julgamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, adotando-se para tanto, por este Egrégio Tribunal Pleno, a tese abaixo descrita, para que, na forma do artigo 985 do Código de Processo Civil, em consequência, seja aplicada a todos os processos individuais e coletivos pendentes, ou casos futuros que versem sobre a mesma questão de direito envolvendo o tema no Estado da Paraíba.

TESE:

“Nos termos da teoria dinâmica do ônus da prova, compete ao Município de Cabedelo comprovar o comportamento funcional dos Guardas Municipais daquela localidade, capaz de impedir a progressão funcional prevista no art. 14 da Lei Municipal nº. 1.292/2006; aplicando-se esta tese para qualquer Município que adote lei com a mesma redação no Estado da Paraíba.”

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos - Presidente. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Marcos Cavalcanti de Albuquerque – Relator, Romero Marcelo da Fonseca Oliveira (Corregedor-Geral de Justiça), Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, Maria das Graças Morais Guedes, José Aurélio da Cruz, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, Arnóbio Alves Teodósio, Carlos Martins Beltrão Filho e Ricardo Vital de Almeida. Averbou suspeição o Excelentíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides. Impedidos os Excelentíssimos Senhores Doutores Antônio do Amaral (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Alves da Silva), Inácio Jário Queiroz de Albuquerque (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto), João Batista Barbosa (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Sílvio Ramalho Júnior) e Esluy Eloy Filho (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Joás de Brito Pereira Filho). Ausente, justificadamente, os Exmos. Senhores Desembargadores Leandro dos Santos, Abraham Lincoln da Cunha Ramos, Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti e Tércio Chaves de Moura (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Beneditino da Silva).

Presente ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Francisco Seráphico Ferraz da Nóbrega Filho, Procurador-Geral de Justiça do Estado da Paraíba.

Tribunal Pleno, Sala de Sessões “Des. Manoel Fonsêca Xavier de Andrade” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 18 de novembro de 2020.

Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Relator

