



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002224-69.2012.815.0171

RELATOR	:Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
APELANTE	:Município de Esperança, rep. por seu Prefeito
ADVOGADO	:Luciano Pires Lisboa
APELADA	:Maria Celia Pereira Lopes
ADVOGADO	:Marcos Antônio Inácio da Silva
ORIGEM	:Juízo da 2ª Vara da Comarca de Esperança
JUÍZA	:Alessandra Varandas Paiva Madruga de Oliveira Lima

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PAGAMENTO DO DÉCIMO TERCEIRO E TERÇO CONSTITUCIONAL RETIDOS. POSSIBILIDADE. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. CARÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DO PEDIDO. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

- É direito líquido e certo de todo servidor público, ativo ou inativo, perceber seus proventos pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada.

- O Ente Público que, arbitrariamente, deixa de pagar os salários dos seus servidores, incluindo o décimo terceiro salário, as férias não gozadas e o terço constitucional de férias, é obrigado a fazê-lo, evitando prejuízos irreparáveis àqueles, por se tratar de verba de natureza alimentar.

- É ônus do Ente Público comprovar que pagou a verba salarial ao seu servidor, devendo ser afastada a supremacia do interesse público, pois não se pode transferir o ônus de produzir prova negativa ao Promovente, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.

- “O pagamento do Adicional de Insalubridade aos Agentes de Saúde submetidos ao vínculo jurídico administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer.” Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2000622-03.2013.815.0000. Publicado no Diário da Justiça de 19/03/2014.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados:

ACORDA a primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS**, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 337.

RELATÓRIO

Cuida-se de Remessa Necessária e, de Apelação Cível interposta pelo Município de Esperança contra a sentença (fls. 284/287) proferida pelo Juízo da 2ª Vara desta Comarca, que julgou procedente o pedido e condenou o Ente municipal a pagar a Promovente os valores decorrentes de férias não gozadas, acrescidas do terço constitucional de 2005 a 2010, bem como às parcelas não pagas pelo Município a título de décimo terceiro salário a partir de 2005 a 2010 e adicional de insalubridade em grau médio, no percentual de 20% sobre o salário mínimo.

Irresignado, o Apelante alegou, às fls. 289/316, preliminar de cerceamento de defesa e de nulidade da sentença pelo não estabelecimento do duplo grau de jurisdição obrigatório. No mérito, aduz que a Recorrida não faz juz ao recebimento de adicional de insalubridade, bem como do terço de férias e décimo terceiro salário.

Contrarrazões às fls. 319/322.

A Procuradoria de Justiça, às fls.329/332, opinou pela anulação da sentença em razão do não estabelecimento do duplo grau de jurisdição obrigatório e caso se adentre no mérito, entende que seja reformada a decisão guerreada para excluir a condenação em adicional de insalubridade, bem como das verbas salariais já adimplidas pelo Município Réu.

É o relatório.

VOTO

Antes da análise do presente recurso, não merece prosperar a preliminar de cerceamento de defesa, tendo em vista que o pagamento de verbas que a Promovente entende devidas constitui-se em matéria unicamente de direito. Nesse sentido, o art. 330, I, do CPC autoriza tal procedimento, não havendo o que reparar na sentença vergastada.

Esclareço, ainda, a questão do duplo grau de jurisdição, considerando o teor do art. 475 do CPC. É que, desde dezembro de 2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RESP 1101727/PR, pacificou o entendimento de ser obrigatório o reexame da sentença ilíquida proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. CABIMENTO. 1. É obrigatório o reexame da sentença ilíquida proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público (Código de Processo Civil, artigo 475, parágrafo 2º). 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil. (REsp 1101727/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 03/12/2009)

Logo, no caso em testilha, é extrema de dúvidas que o feito está sujeito, também, ao duplo grau de jurisdição obrigatório, ante a sentença ser ilíquida.

Assim, entendo que o julgamento deve ser apreciado sob a ótica não somente de Apelação, mas, sim, de Remessa Necessária.

O debate inicial cinge-se à averiguação da existência de direito ao pagamento das verbas salariais especificadas pela Autora na peça

inaugural, quais sejam: décimo terceiro salário, férias não gozadas e terço constitucional de férias do período.

Como se sabe, é direito líquido e certo de todo servidor público, ativo ou inativo, perceber seu salário pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada.

Salários são retribuições pagas aos empregados pelos trabalhos prestados. Constituem, portanto, verba de natureza alimentar, indispensável à sobrevivência de quem os aufere. Daí porque, impõe-se o pagamento em dia determinado, possibilitando sua utilização nos moldes do art. 7º, IV, da Constituição Federal (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social).

Em caso de retenção indevida, a Quarta Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Desembargador Antônio de Pádua Lima Montenegro, assim já se posicionou:

“SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Salário retido injustificadamente. Obrigação impostergável do Poder Público. Mandado de Segurança. Prestação atual. Concessão. Remessa Oficial e Apelação Cível. Desprovimento. **Constitui direito líquido e certo de todo servidor público receber os vencimentos que lhes são devidos pelo exercício do cargo para o qual foi nomeado. Atrasando, suspendendo ou retendo o pagamento de tais verbas, sem motivos ponderáveis, comete o Prefeito municipal, inquestionavelmente, ato abusivo e ilegal**, impondo-se conceder a segurança à Ação Mandamental. O Mandado de Segurança alcança as prestações atuais e futuras.” (Remessa ‘Ex Officio’ e Apelação Cível nº 2004.010689-5 – Julgamento: 29/03/2005 – DJ: 05/04/2005). (Grifei)

O Ente Público que, arbitrariamente, deixa de pagar os salários dos seus servidores, incluindo o décimo terceiro salário, as férias não gozadas e o terço constitucional de férias, é obrigado a fazê-lo evitando prejuízos irreparáveis àqueles, por se tratar de verba de natureza alimentar.

Por outro lado, tratando-se de pagamento de salários, cabe ao Réu comprovar que o fez correta e integralmente, pois, ao reverso, subentende-se que não o efetuou na forma devida.

O ônus da prova, *in casu*, compete a quem tem condições de contrariar o alegado na peça vestibular, ou seja, à Edilidade, que é a única que pode provar a efetiva quitação das parcelas requeridas, ante a hipossuficiência do Autor para apresentar tais elementos.

Repita-se, é ônus do Ente Público comprovar que pagou a verba salarial ao seu servidor, devendo ser afastada a supremacia do interesse público, pois não se pode transferir o ônus de produzir prova negativa ao Autor, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.

Apropriado ao tema é a lição do eminente processualista Nelson Nery Júnior, *in* “Código de Processo Comentado”, 6ª EDIÇÃO, pág. 696:

“O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.”

Adstrito ao tema, percucientes são os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. SALÁRIOS RETIDOS INDEVIDAMENTE. PAGAMENTO OBRIGATÓRIO. DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE. ÔNUS DA PROVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO VÁLIDA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. - O salário é direito de todo trabalhador, previsto na Lei Maior. - **A Municipalidade é a detentora do controle dos documentos públicos, sendo seu dever comprovar o efetivo pagamento das verbas salariais reclamadas, considerando que ao trabalhador contratado é impossível fazer a prova negativa de tal fato.** - O termo inicial dos juros de mora corresponde à data da citação válida. Precedentes. STJ, AgRg no REsp 782.850/SP, Relator Celso Limongi Desembargador Convocado do TJSP, Sexta Turma, julgamento 05/03/2009, Publicação DJe 30/03/2009.TJPB

- Acórdão do processo nº 05220090013898001 - Órgão (2 CAMARA CIVEL) - Relator DESA. MARIA DAS NEVES DO E.A.D. FERREIRA - j. Em 12/06/2012

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE COBRANÇA. VERBAS SALARIAIS. ÔNUS DA PROVA QUE CABIA À EDILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO ELIDIDA PELO ENTE MUNICIPAL. PAGAMENTO DEVIDO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO. - Não merecem prosperar os argumentos levantados pela parte recorrente, que visam apenas a rediscutir a impossibilidade do pagamento dos serviços extraordinários prestados, quando não há, nos autos, qualquer elemento novo, capaz de ensejar modificação no julgado em exame. - **Não há como se exigir que o autor apresente prova negativa do não pagamento pela municipalidade** ou mesmo prova de que realmente prestou o serviço extraordinário, pois é incumbência da municipalidade provar que remunerou seu funcionário ou que este não prestou horas extras, nos meses mencionados. TJPB - Acórdão do processo nº 03820080002611002 - Órgão (Quarta Câmara Cível) - Relator Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho - j. Em 06/03/2012

Portanto, se a municipalidade não logrou êxito em derruir as alegações da Autora, deve suportar tal ônus, devendo efetuar o pagamento do terço décimo terceiro salário do ano de 2005 e de um terço de férias do período de 2005/2008, conforme fichas financeiras de fls. 308/316.

Quanto ao adicional de insalubridade, melhor sorte não teve a Autora.

De início, convém ressaltar a competência a Justiça Comum para julgar a matéria em exame.

Não obstante as divergências apresentadas no Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, quanto a competência para dirimir conflitos entre o servidor público e o Poder Público, adoto a jurisprudência preponderante do Supremo Tribunal Federal, que entende ser de competência desta justiça comum a apreciação do litígio.

Vejam os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal.:

Agravo regimental – Reclamação – Administrativo e Processual Civil – Dissídio entre servidor e poder público – ADI nº 3.395/DF-MC – Incompetência da Justiça do Trabalho. 1. **Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público, fundadas em vínculo jurídico-administrativo.** É irrelevante a argumentação de que o contrato é temporário ou precário, ainda que extrapolado seu prazo inicial, bem assim se o liame decorre de ocupação de cargo comissionado ou função gratificada. 2. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requerer verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, visto que desvirtuada ou submetida a vícios de origem, como fraude, simulação ou ausência de concurso público. Nesse último caso, ultrapassa o limite da competência do STF a investigação sobre o conteúdo dessa causa de pedir específica. 3. O perfil constitucional da reclamação (art. 102, inciso I, alínea “I”, CF/1988) é o que confere a ela a função de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões deste Tribunal. Em torno desses dois conceitos, a jurisprudência da Corte estabeleceu parâmetros para a utilização dessa figura jurídica, dentre os quais se destaca a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF. 4. A reclamação constitucional não é a via processual adequada para discutir a validade de cláusula de eleição de foro em contrato temporário de excepcional interesse público, a qual deve ser decidida nas instâncias ordinárias. 4. Agravo regimental não provido. (Rcl 4626 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2011, DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011 EMENT VOL-02534-01 PP-00022)

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA L, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. **CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE: ARTIGO 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. 1. **Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que**

envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.

2. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não pode ser apreciado pela Justiça do Trabalho. 3. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4464 / GO – GOIÁS. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 20/05/2009 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-157 . DIVULG 20-08-2009. PUBLIC 21-08-2009. EMENT VOL-02370-02. PP-00310. RDECTRAB v. 16, n. 183, 2009, p. 127-143. RF v. 105, n. 404, 2009, p. 328-339)

Quanto ao mérito do pedido, segundo o caderno processual, a Autora é servidora pública municipal, admitida em 25 de junho de 2004, para o cargo de Agente Comunitário de Saúde, depois de aprovada em processo seletivo, em razão das atividades desenvolvidas, postula gratificação de insalubridade.

Para Hely Lopes Meirelles, é importante frisar, a vantagem pecuniária decorrente de atividade penosa ou de risco **não tem natureza de adicional**, mas de **gratificação**.

Entretanto, superado este aspecto, merece destaque a abordagem feita à **gratificação por risco de vida ou saúde**, que é definida como uma **“vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução do serviço. Não é uma retribuição genérica pela função desempenhada pelo servidor; é uma compensação específica pelo trabalho realizado em condições potencialmente nocivas para o servidor. O que se compensa com esta gratificação é o *risco*, ou seja, a possibilidade de dano à vida ou à saúde daqueles que executam determinados trabalhos classificados pela Administração como perigosos.”** (*op. cit.*, p. 525). Outro aspecto também é ressaltado, senão, vejamos:

Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de *risco*, para fins de

vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe, para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. (*op. cit.*, p. 525)

Pois bem. Tomada esta concepção inicial acerca da vantagem (gratificação ou adicional), cumpre questionar se esta presente, no caso, o primeiro requisito acima delineado, eis que, sem ele, não se pode falar em pagamento da verba.

É consabido que a Administração Pública deve obedecer, em todos os seus atos, ao princípio da legalidade. Segundo Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 20ª Ed., 1995, “... o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.”

A Lei, portanto, é pressuposto de validade para os atos da Administração, que não pode agir sem previsão legal.

In casu, não restou comprovada a existência de lei específica e, portanto, não há previsão, nem definição dos graus e dos percentuais que permitam a concessão do adicional de insalubridade a Apelada, desobrigando o Município do pagamento.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Paraíba pacificou o entendimento:

“O pagamento do Adicional de Insalubridade aos Agentes de Saúde submetidos ao vínculo jurídico administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer.” Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2000622-03.2013.815.0000. Publicado no Diário da Justiça de 19/03/2014.

É importante que se diga que não está em debate aqui a relevância social do trabalho desempenhado por esta categoria, cuja atuação é

inegável.

Assim, inexistindo lei específica, não há que se falar em direito ao recebimento da gratificação postulada.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à Apelação Cível e à Remessa Necessária, para condenar o Município de Esperança ao pagamento do décimo terceiro salário do ano de 2005 e de um terço de férias do período de 2005/2008 e deixo de condenar na gratificação de insalubridade por ausência de lei municipal que discipline a matéria.

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento, além do Relator, Excelentíssimo Senhor Desembargador **Leandro dos Santos**, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Marcos Cavalcanti de Albuquerque** e **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, Dra. **Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa**. Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 05 de setembro de 2014.

Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
Relator