



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

ACÓRDÃO

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL n.º 0000547-67.2013.815.0171

ORIGEM : 1ª Vara da Comarca de Esperança
RELATOR : Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos.
APELANTE : Município de Esperança
ADVOGADO : Luciano Pires Lisboa
APELADO : Criselite dos Santos Bruno
ADVOGADO : Marcos Antônio Inácio da Silva

PROCESSUAL CIVIL – Apelação cível – Reclamação trabalhista – Preliminar – Nulidade da sentença – Ausência de determinação do duplo grau de jurisdição – Conhecimento de ofício do reexame necessário – Ausência de prejuízo – Rejeição.

— O duplo grau de jurisdição é obrigatório nas sentenças que condenam a Fazenda Pública em quantia ilíquida.

— O conhecimento de ofício da remessa oficial na instância “ad quem”, afasta qualquer prejuízo pela não determinação do duplo grau de jurisdição em sentença.

CONSTITUCIONAL e
ADMINISTRATIVO – Reexame necessário e apelação cível – Reclamação trabalhista – Agente comunitário de saúde –

Regime jurídico estatutário – Pretensão ao adicional de insalubridade – Direitos Sociais – Art. 7º c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Ausência de previsão constitucional – Princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Existência – Não comprovação – Pagamento – Impossibilidade – Reforma da sentença quanto a este ponto – Décimo terceiro, férias e respectivo terço constitucional – Pleitos sociais – Inteligência do art. 39, § 3º da CF – Pagamento – Fato extintivo do direito do autor – Ônus do réu (art. 333, II, do CPC) – Não comprovação – Verbas devidas – Manutenção da sentença - Pretensão a indenização compensatória pelo não recolhimento do PASEP – Inteligência do art. 239, § 3º, da Constituição Federal c/c Lei 7.859/89 – Indenização devida – Aceto na origem - Sucumbência recíproca – Compensação das custas e dos honorários – Art. 21, “caput”, do CPC – Provimento parcial.

— *“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.”*(art. 39, §3º, CF/88).

— Não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos civis perceberem adicional de insalubridade, essa possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que está previsto no “caput” do art. 37 da CF/88, segundo o qual, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador

cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

— Para o Supremo Tribunal Federal, como não há na Constituição da República preceito que determine expressamente o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis, este só poderá ser concedido se houver previsão em lei.

— A Constituição da República em seu art. 39, § 3º, estendeu aos servidores públicos, independentemente da natureza do vínculo, alguns direitos sociais próprios dos empregados celetistas, dentre os quais o décimo terceiro salário e o gozo de férias com pelo menos 1/3 (um terço) a mais do que o normal.

— O Código de Processo Civil, em seu art. 333, estabelece que incube ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

— Assim, para se eximir de pagar as verbas salariais reivindicadas caberia ao promovido fazer prova do pagamento, posto que se traduz em fato extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não o fez.

— O recolhimento do PASEP é obrigação do município, conforme determinado pela lei 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

— *“Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.”* (art. 21, “caput”, CPC)

V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados de apelação cível,

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação unânime, em rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial ao reexame necessário e à apelação cível, nos termos do voto do relator e da súmula do julgamento de fl. retro.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo **MUNICÍPIO DE ESPERANÇA** em face de sentença prolatada pelo MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Esperança, que julgou parcialmente procedente os pleitos exordiais da reclamação trabalhista movida por **CRISELITE DOS SANTOS BRUNO**.

Perante a Vara do Trabalho de Areia, a autora, qualificada na exordial de fls. 02/07, ingressou com ação de reclamação trabalhista em face da edilidade ré.

Em apertada síntese, aduziu a autora, que em decorrência de aprovação em processo seletivo, exerce, desde o ano de 2008, a atividade de agente comunitário de saúde no município de Esperança.

Asseverou que em razão das peculiaridades de sua função mantém-se contínua e habitualmente exposto a toda gama de agressores à sua saúde, sem, contudo, perceber o adicional de insalubridade, e nem os encargos salariais decorrentes da relação de trabalho.

Com fulcro nessas razões, pugnou pela condenação do demandado, ora apelante, a assinar sua CTPS, com os respectivos recolhimentos previdenciários; aos depósitos do FGTS; ao pagamento das férias acrescidas do terço constitucional, de forma dobrada, integral e proporcional; ao pagamento dos décimos terceiros salários, da indenização compensatória pelo não cadastramento e recolhimento do PIS; e, por fim, ao pagamento do adicional de insalubridade com reflexo em todas as verbas trabalhistas. Documentos às fls. 08/27.

Contestação às fls. 72/84.

Em sentença exarada às fls. 105/124, o MM. Juiz do Trabalho julgou procedente em parte os pedidos formulados na inicial. Entrementes, em sede de recurso (fls. 182/185), o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região anulou a decisão proferida, reconhecendo a incompetência da Justiça do Trabalho e remeteu o caderno processual para o processamento na Justiça Comum Estadual.

Distribuído os autos para Comarca de Esperança, fora prolatada sentença às fls. 363/372, o MM. Juiz “a quo” julgou procedente em parte os pedidos, nos seguintes termos, (fl.270):

“Diante do exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos inaugurais para condenar o Município de Esperança/PB a pagar ao autor, o valor correspondente: 1) um salário por ano trabalhado a título de indenização pela não inscrição do PIS/PASEP, isto a partir do ano de sua admissão; 2) 13º salários integrais dos anos de 2006 a 2009; 3) férias não gozadas, mais terço constitucional, de forma simples, nos anos 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009 e 2009/2010; 4) pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 20% sobre o salário mínimo e seus reflexos sobre o 13º salário e férias a que foi condenado o Município, o qual deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença, com correção monetária pelo INPC a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora 0,5% a.m, devidos desde a citação. Considerando que a parte autora decaiu da parte mínima do pedido, condeno o Município de Esperança no pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação”.

Irresignado, o promovido interpôs recurso de apelação, fls. 376/381, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença pelo não estabelecimento do duplo grau de jurisdição obrigatório. No mérito, pugnou pela reforma da sentença hostilizada sob a alegação de que efetuou o pagamento das verbas perseguidas pela autora.

Contrarrazões ofertadas (fls. 383/387).

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no que pertine ao mérito, deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fls. 395/398).

É o relatório.

VOTO

Aprioristicamente, ressalvo que conheço deste processo também como reexame necessário, uma vez que, sendo ilíquida a sentença primeva, faz-se mister a aplicação da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça, “*in verbis*”:

“Súmula 490: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.” (Grifei).

Pois bem. Como visto, o recorrente suscitou a preliminar de nulidade de sentença pelo seu não estabelecimento ao duplo grau de jurisdição, conforme previsto no §2º do art. 475 do CPC.

Com efeito o art. 475, I, do CPC¹ dispõe que, em regra, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública. As exceções foram previstas no § 2º², do mesmo dispositivo, mas não inclui a sentença condenatória em quantia ilíquida.

O Tribunal Superior, inclusive, sumulou o entendimento de que “a dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas” (Súmula 490).

Entrementes, o duplo grau de jurisdição fora reconhecido de ofício por esta relatoria, afastando-se, portanto, a preliminar suscitada pelo apelante.

Logo, não há o que falar em nulidade da sentença, e, por tais razões, rejeito a preliminar.

MÉRITO

Pois bem. A controvérsia dos presentes autos cinge-se em saber se a autora, servidora pública ocupante do cargo de

¹Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

² Art. 475, § 2º. Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

agente comunitário de saúde, tem direito ao recebimento do adicional de insalubridade, indenização pela não inscrição no PIS/PASEP, décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional do período laborado.

Isto posto, passa-se a análise, em separado, das verbas pleiteadas.

Do adicional de insalubridade

Como é cediço, em termos de direitos sociais dos servidores públicos, categoria assim tomada na sua acepção jurídico-administrativa, a bússola regente da espécie sempre será o § 3º do art. 39 da Constituição Federal, *“in verbis”*:

“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.”

Do cotejo com o art. 7º, próprio do texto constitucional³, operação necessária pela remissão determinada no preceito

³ **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: **I** - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; **II** - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; **III** - fundo de garantia do tempo de serviço; **IV** - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; **V** - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; **VI** - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; **VII** - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; **VIII** - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; **IX** - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; **X** - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; **XI** - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; **XII** - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; **XIII** - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; **XIV** - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; **XV** - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; **XVI** - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; **XVII** - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; **XVIII** - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; **XIX** - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; **XX** - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; **XXI** - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; **XXII** - redução dos riscos inerentes ao

anterior, constata-se que o rol de direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos não alberga o título de adicional de insalubridade (inciso XXIII).

Verifica-se, dessa forma, que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal. Entretanto, não proibiu que as leis federais, estaduais ou municipais prevejam gratificações para o servidor público que exerce atividade insalubre.

Assim, não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos perceberem adicional de insalubridade, ou seja, não estabelecendo ela qualquer critério ou regra para o pagamento do citado adicional, esta possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que está previsto no “*caput*” do art. 37 da CF/88⁴.

Deixa transparecer esse princípio que, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

Nesse sentido, consoante **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, *“na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade*

trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; **XXIII** - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; **XXIV** - aposentadoria; **XXV** - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; **XXVI** - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; **XXVII** - proteção em face da automação, na forma da lei; **XXVIII** - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; **XXIX** - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; **XXX** - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; **XXXI** - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; **XXXII** - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; **XXXIII** - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; **XXXIV** - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.”.

⁴ “**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:”.

denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”⁵.

Por tal fundamento, e considerando que não é dado ao intérprete alargar o âmbito de hermenêutica constitucional de enunciado normativo, sob pena de importar em visível afronta a decisão do constituinte, o acolhimento do intento do autor/apelado dependeria de lei específica local regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual, cuja existência não comprovou o recorrido, embora sobre seus ombros recaísse o ônus respectivo.

O autor/apelado restringiu-se a acostar ao caderno processual o Regime Jurídico dos Servidores do Município de Esperança, Lei Municipal nº 294/74, que, em seu 157, prevê genericamente o direito ao recebimento da gratificação. Observe-se:

“Art. 157 – Conceder-se-á gratificação:

(...)

III – pela execução de trabalho de natureza especial com risco de vida e a saúde.”

Ou seja, há no Município de Esperança legislação municipal que necessita de outra lei que regulamente o direito ali previsto, momento em que poderá ele vir a ser exercitado.

Assim, havendo omissão quanto à edição de lei, não há como albergar a pretensão manejada, ainda que o ambiente de trabalho se enquadre em uma situação inóspita.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP⁶:

“Para o desate específico do presente caso, o que há de prevalecer é que o art. 192 da CLT e o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição não podem ser invocados para reger as relações estatutárias.

(...)

A Constituição da República não estabelece qualquer critério ou regra para o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis. Aliás, na Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição

⁵ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

⁶ RE 565714, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-06 PP-01189 RTJ VOL-00210-02 PP-00884

não há qualquer menção ao pagamento de adicional em razão do exercício de atividades insalubres e o art. 39, § 3º, não inclui no rol de direitos aplicáveis aos servidores públicos civis o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República.” (Grifei)

E conclui:

“Não há, portanto, parâmetro expresso na Constituição da República para determinar a base de cálculo do adicional de insalubridade dos recorrentes, o que haverá de constar de lei.” (Grifei)

Supremo Tribunal Federal:

No mesmo sentido, eis outro julgado do

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO LOCAL E FATOS E PROVAS. VERBETES 279 E 280-STF. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. 1. Questão dirimida no Tribunal de origem à luz do conjunto fático-probatório e de normas de direito local. Incidência dos óbices dos Verbetes ns. 279 e 280 da Súmula do STF. 2. Adicional de insalubridade necessidade de previsão legal para sua concessão. Agravo regimental não provido.”⁷ (Grifei)

Ainda:

“Servidor público. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. - O artigo 39, § 2º, da Constituição Federal apenas estendeu aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alguns dos direitos sociais por meio de remissão, para não ser necessária a repetição de seus enunciados, mas com isso não quis significar que, quando algum deles dependesse de legislação infraconstitucional para ter eficácia, essa seria, no âmbito federal, estadual ou municipal, a trabalhista. Com efeito, por força da Carta Magna Federal, esses direitos sociais integrarão necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, quando dependem de lei que os regulamente para dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais de que eles decorrem, essa legislação

⁷ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

infraconstitucional terá de ser, conforme o âmbito a que pertence o servidor público, da competência dos mencionados entes públicos que constituem a federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.”⁸. (Grifei)

E colocando fim a qualquer controvérsia existente neste Sinédrio, o tema em debate foi objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, processo nº 2000622-03.2013.815.0000, julgado recentemente pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, no qual foi aprovado a súmula 42, com o seguinte teor:

“Súmula 42. O pagamento do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer”.

Ademais, em casos análogos ao dos autos, agente comunitário de saúde do Município de Esperança que pleiteia o recebimento do adicional de insalubridade, esta 2ª Câmara Cível já se posicionou, face a ausência de lei regulamentadora do referido adicional no ente municipal pela impossibilidade de concessão. Observe-se:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA RECONHECIDA DE OFÍCIO. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. MUNICÍPIO DE ESPERANÇA. PLEITO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. DOCUMENTOS JUNTADOS COM A APRESENTAÇÃO DA PEÇA APELATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INEXISTÊNCIA DE NORMA MUNICIPAL REGULAMENTADORA. BENESSE INDEVIDA. TERÇO DE GRATIFICAÇÃO NATALINA. ADIMPLENTO NÃO COMPROVADO PELO MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE REFORMA DA CONDENAÇÃO PARA EXCLUSÃO DAS VERBAS REFERENTES AO ANO DE 2005. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CONFIGURAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO E REEXAME PROVIDOS EM PARTE. - A pretensa documentação juntada pela edilidade recorrente com a peça apelatória não possui guarida processual, porquanto não permeada pelo contraditório, circunstância esta impossibilitada pelo

⁸ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

*momento da apresentação dos documentos. Os Tribunais Pátrios têm firme posicionamento, asseverando não merecer conhecimento o documento juntado com as razões recursais, quando não se enquadram na definição de "novo" conferida pelo art. 397 do Código de Processo Civil, como é o caso dos autos. - Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o julgamento antecipado da lide se deu com amparo no art. 330 do Código de Processo Civil, havendo elementos suficientes para formação do convencimento do julgador. - No que concerne à prefacial de nulidade por ausência de observância ao reexame necessário, revela-se manifestamente improcedente, posto que houve o reconhecimento de ofício da remessa oficial, não implicando em qualquer prejuízo à municipalidade recorrente. - **Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, 3º, da Constituição da República, os agentes públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda. Ausente lei local que regulamente a concessão da gratificação por exercício de atividade insalutífera, é indevido o pagamento da vantagem.** - É ônus do Município a produção de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos servidores, em face à natural e evidente fragilidade probatória destes. No caso em apreço, o Município apelante não trouxe aos autos prova do efetivo pagamento das férias do período de labor da promovente, e, quanto às gratificações natalinas requeridas na exordial, não juntou em seu devido momento qualquer documento capaz de infirmar a alegação de inadimplência sustentada na peça de ingresso, não se descuidando de demonstrar de forma idônea o fato impeditivo do direito da autora. - Não tendo o juízo a quo observado com a devida prudência o fato que lhe foi trazido, haja vista que, apesar de a relação de trabalho afirmada na peça inicial ter se dado entre 21/01/2006 e 31/01/2011, a condenação, referente aos 13º salários e àquela alusiva aos terços de férias, foi estipulada a partir do ano de 2005, há de ser reformada a sentença para o fim de afastar o pagamento atrelado a este ano, mantendo-se, nesta seara, a condenação dos demais anos fixados pela juíza a singular. - Havendo sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, na medida da derrota de cada parte, conforme o disposto no caput do art. 21 do CPC. - Nas condenações contra a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados de forma equitativa, consoante as diretrizes do artigo 20, 4º do CPC, não se aplicando a proporção sobre valor da condenação.*

Por fim, cabe ressaltar que não é dado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, criar, aumentar ou estender vantagem a servidores públicos, eis que acabaria por onerar os cofres públicos com uma despesa que não possui dotação orçamentária.

Destarte, essa conjuntura não deixa espaço para outro caminho senão o da improcedência do pedido em foco, merecendo reparos a sentença de origem neste ponto, eis que até o momento inexistente base legal para a concessão do adicional de insalubridade para os agentes comunitários de saúde do Município de Esperança.

Do décimo terceiro salário e das férias acrescidas do terço constitucional

Pelos serviços prestados faz jus o trabalhador não apenas ao seu salário, mas a outros direitos sociais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral, tanto sob o regime celetista, quanto nas relações com a Administração Pública.

Isto porque, conforme outrora explanado, a Constituição Federal em seu art. 39, § 3º estendeu aos servidores públicos, independentemente do vínculo, alguns direitos sociais previstos no art. 7º, próprios dos empregados celetistas, dentre os quais, o direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, e o décimo terceiro salário (art. 7º, VIII e XVII, da Constituição Federal).

Corroborando, decisão deste Sinédrio:

APELAÇÃO. Ação sumária de cobrança. Servidora pública municipal. Indenização de salário, de férias, de terço férias e de décimo terceiro. Possibilidade. Ônus da prova da edilidade. Manutenção da sentença. Desprovimento do apelo.

- 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.

- O ente público que, arbitrariamente, deixa de pagar os salários dos seus servidores, incluindo o décimo

terceiro salário 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 a apelada, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.

(TJPB; AC 0000641-47.2013.815.0031; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB 25/04/2014; Pág. 15). (Grifei).

Assim, sendo tais verbas devidas ao servidor, independentemente do vínculo firmado entre as partes, conforme estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil⁹, incumbe a ele o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Da análise percuciente dos autos verifica-se que o autor se desincumbiu do seu ônus demonstrando o seu vínculo com o Município através da colação dos documentos de fls.13/23 (Portaria n° 571/2008; contracheques); em contrapartida, caberia à edilidade fazer prova do pagamento das verbas pleiteadas, o que não o fez.

Nesse toar, transcreve-se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA DE COMPROVAR O ADIMPLENTO DOS TÍTULOS PLEITEADOS. AUSÊNCIA DE PROVAS. DESCUMPRIMENTO DO ART. 333, II, DO CPC. TERÇO CONSTITUCIONAL, CUJO PAGAMENTO DEVE SER REALIZADO INDEPENDENTE DO GOZO DAS FÉRIAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA MANTIDA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO QUE SE IMPÕE.

1. Em ação de cobrança, é ônus do Município comprovar o pagamento das verbas salariais. Não havendo essa comprovação, impõe-se a condenação do ente público, como na espécie TJPB, Apelação Cível n° 035.2011.000.337-9/001, de minha relatoria, 1ª Câmara Cível, DJPB 18/12/12. A comprovação da condição de

⁹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

funcionário é suficiente para a cobrança de verbas salariais retidas e não pagas, cabendo ao empregador o ônus de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, que afaste o direito do empregado ao recebimento das parcelas pleiteadas TJPB, Decisão Monocrática na Apelação Cível n.º. 021.2010.000.053-4/001, Relator Des. José Ricardo Porto, DJPB 05/10/2012. **É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve a prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório** . TJPB, Remessa Oficial e Apelação Cível n.º 02120090015500001, Relator Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos, 3ª Câmara Cível, j. em 12/07/2012. (...)
(TJPB - Acórdão do processo n.º 02120090015948001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator DES^a MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA - j. Em 20/02/2012). (Grifei)

E:

“APELAÇÃO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRETENSÃO AO PERCEBIMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRENCIA. APLICAÇÃO DO ART. 131, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. REJEIÇÃO. EMPENHO. INEXISTÊNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABIA À EDILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DA LEI PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- Em determinadas situações, não se caracteriza a ocorrência do cerceamento do direito de defesa, quando o magistrado julgar a lide de imediato por já possuir elementos suficientes para o seu convencimento, haja vista ser ele o destinatário do acervo probatório.

- É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve a prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório.”

(TJPB - Acórdão do processo n.º 09820110015991001 - Órgão (4ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DR. ONALDO ROCHA DE QUEIROGA - j. em 15/01/2013). (Grifei)

Mais:

“COBRANÇA. Servidor público. Retenção injustificada de remuneração. Procedência da demanda. Apelação Cível. Preliminar de prescrição quinquenal. Acolhimento. Fragilidade de provas. Provimento Parcial.

*“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” (SÚMULA 85, STJ). **Constitui ônus do réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, de acordo com o estabelecido no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.**” (TJPB – 4ª Câmara, AP n.º 038.2005.000070-2/001, Rel. Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro, j. 21/02/2006). (Grifei)*

Portanto, face à ausência da demonstração, no momento oportuno, de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da demandante, cujo ônus é do réu, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, nenhum reparo merece a sentença quanto a condenação ao pagamento das referidas verbas.

Da indenização compensatória pelo não recolhimento do PASEP

O PIS/PASEP consistem em contribuições sociais de natureza tributária, devidas pelas pessoas jurídicas, com objetivo de financiar o pagamento do seguro-desemprego, abono e participação na receita dos órgãos e entidades para os trabalhadores públicos e privado.

O art. 239 da Constituição Federal assim dispõe:

"Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n.º 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento)

[...]

§ 3º - Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social

*Reexame Necessário e Apelação Cível n.º 0000547-67.2013.815.0171
ou para o Programa de Formação do Patrimônio do
Servidor Público, até dois salários mínimos de
remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um
salário mínimo anual, computado neste valor o
rendimento das contas individuais, no caso daqueles que
já participavam dos referidos programas, até a data da
promulgação desta Constituição."*

Assim, sendo o autor servidor público municipal deveria o Município tê-lo inscrito no programa, bem como recolher as contribuições devidas, o que torna indene sua legitimidade para responder pelo PASEP do requerente.

Registre-se, ainda, que após cinco anos de cadastro no PASEP os servidores têm direito a um abono salarial correspondente a um salário mínimo vigente anual conforme a inteligência da 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, parágrafo 3º, da Constituição Federal:

"Art. 1º - É assegurado o recebimento de abono anual, no valor de um salário mínimo vigente na data do respectivo pagamento, aos empregados que:

I - perceberem de empregadores, que contribuem para o Programa de Integração Social (PIS) ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), até dois salários mínimos médios de remuneração mensal no período trabalhado, e que tenham exercido atividade remunerada pelo menos durante trinta dias no ano-base

Portanto, não havendo o autor percebido os valores que lhe eram devidos pela omissão do Município em providenciar o seu cadastramento no Programa de Formação do Servidor Público (PASEP), deve este arcar com a indenização ao requerente de forma proporcional ao período trabalhado.

Em casos análogos esta Câmara vem decidindo neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE MUNICÍPIO DE PATOS. VANTAGEM INSTITUÍDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 3.927/2010. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA.

PAGAMENTO DEVIDO COM REFLEXOS NO TERÇO DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO. **INDENIZAÇÃO DO PIS/PASEP. PAGAMENTO DEVIDO. FÉRIAS. NÃO DEVIDAS. CONFISSÃO DO SEU RECEBIMENTO PELA AUTORA. TERÇO CONSTITUCIONAL E 13º SALÁRIOS. ADIMPLEMENTO PARCIALMENTE DEMONSTRADO. VERBAS DEVIDAS QUANTO AOS DEMAIS PERÍODOS NÃO PAGOS. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DE CADA INADIMPLEMENTO COM BASE NA REDAÇÃO ANTERIOR DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E PERCENTUAL DA CADERNETA DE POUPANÇA APENAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.960/2009. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA VERIFICADA. APELO AUTORAL E REMESSA DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDOS.**

- Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, § 3º, da Constituição da República, os agentes públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda.

- A partir da edição da Lei Municipal nº 3.927/2010, é devido aos agentes comunitários de saúde o adicional pelo desempenho de atividade insalutífera, no valor de R\$ 108,00 (cento e oito reais), sendo cabível seus reflexos sobre o terço de férias e décimo terceiro salário.

- **O Município possui a obrigação de depositar os valores referentes ao referido programa em benefício do servidor público que presta serviços a seu favor, a teor do que determina a Lei 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, § 3º, da Constituição Federal.**

- O 13º salário e o terço de férias são garantias constitucionalmente garantidas aos trabalhadores celetistas e extensíveis àqueles com vínculo jurídico-administrativo, nos termos do art. 39, §3º, da Constituição Federal de 1988. - A confissão da promovente quanto ao recebimento das férias obstacula o deferimento dessa verba.

- As fichas financeiras juntadas aos autos demonstram o pagamento parcial das verbas relativas ao terço de férias constitucional e ao 13º salário, de modo que as parcelas referentes aos períodos não abrangidos pelos extratos devem ser adimplidos pelo Município.

- Como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária, os juros moratórios e correção monetária das verbas reconhecidas devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com

Reexame Necessário e Apelação Cível n.º 0000547-67.2013.815.0171
redação da Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência. Já
o período anterior deve observar a redação antiga. -
Havendo sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais
devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos,
na medida da derrota de cada parte, conforme o disposto
no caput do art. 21 do CPC.
(TJPB; ROAC 0002532-59.2012.815.0251;
Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des.
Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB
21/05/2014). (Grifei).

Mantém-se, assim, a sentença vergastada
com relação a este tópico.

DISPOSITIVO

Por tais razões, **dá-se provimento parcial à remessa necessária e à apelação cível**, para, reformando em parte a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, excluir a condenação referente ao adicional de insalubridade.

Na hipótese, verifica-se a ocorrência de sucumbência recíproca, conforme o “*caput*” do art. 21 do CPC, devendo, portanto, a autora arcar com 35% (trinta e cinco por cento) das custas processuais, ressalvado-se, entretanto, o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50. Isenta a Fazenda Municipal do pagamento das custas processuais (art. 29 da Lei Estadual nº 5.672/1992). Quanto aos honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, deve incidir, de igual maneira, a regra do art. 21, “*caput*”, arcando a autora com 35% (trinta e cinco por cento) e a edilidade com 65% (sessenta e cinco por cento), compensados entre si.

É como voto.

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

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Promotora de Justiça convocada.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João

Pessoa, 11 de fevereiro de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator