



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

A C Ó R D ã O

REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES CÍVEIS nº 0000081-14.2011.815.0181

RELATOR	:Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
01 APELANTE	:Edson Severino Campos da Silva
ADVOGADO	:José Alberto Evaristo da Silva e outro
02 APELANTE	:Município de Guarabira
ADVOGADO	:José Gouveia Lima Neto e outro
APELADOS	:Os mesmos
REMETENTE	:Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Guarabira

CONSTITUCIONAL e
ADMINISTRATIVO – Remessa necessária e 2ª apelação cível – Ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer – Servidor público municipal – Regime jurídico estatutário - Adicional por tempo de serviço – Implantação e pagamento retroativo - Intelecção do inciso XVI do art. 51 da Lei Orgânica do Município – Ausência de prova do pagamento - Ônus do promovido – Art. 333, II, do CPC – Direito assegurado - Pretensão ao adicional de insalubridade – Princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Regulamentação a partir da Edição da Lei nº 777/2007 – Adicional devido a partir da vigência da referida lei - Terço de férias – Art. 7º, XVII, c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Pagamento não comprovado - Ônus do promovido – Acréscimo constitucional devido – Manutenção da sentença - Desprovemento.

– O direito ao adicional por tempo de serviço público é de natureza eminentemente administrativa e sua concessão subordina-se apenas à existência de previsão legal.

– O réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas, sim, comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, nos termos do que preleciona o inciso II do art. 333 do CPC.

– Somente a partir da edição da Lei Municipal nº 777/07, que cria os cargos públicos de agente comunitário de saúde e agente de combate a endemias, devido é o adicional pelo desempenho de atividade insalubre.

– A Constituição Federal, em seu art. 39, § 3º, estende aos servidores ocupantes de cargo público os direitos constitucionais assegurados no art. 7º, dentre os quais o direito a gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

– O pagamento do terço de férias não está sujeito à comprovação de requerimento de férias, nem do seu efetivo gozo. O mais importante é que tenha o servidor laborado durante o período reclamado, com sua força de trabalho em favor da Administração, sem exercer um direito que lhe era garantido.

CONSTITUCIONAL e
ADMINISTRATIVO – 1ª apelação cível – Ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer – Servidor público municipal – Recolhimento do FGTS – Submissão ao regime jurídico estatutário – Benefício

devido apenas aos servidores regidos pela CLT – Impossibilidade de pagamento do FGTS – Desprovimento.

- Por força da Lei Municipal nº 774/2007, está o autor submetido ao regime jurídico estatutário, não se aplicando a ele, portanto, os enunciados normativos da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, não faz *jus* o autor ao FGTS, nos termos decidido pelo magistrado de base, eis que referido benefício é devido apenas aos servidores regidos pela CLT.

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

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação unânime, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator e da súmula de julgamento de fl. retro.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de apelações cíveis, estas interpostas, respectivamente, por **EDSON SEVERINO CAMPOS DA SILVA** e **MUNICÍPIO DE GUARABIRA**, objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Guarabira que, nos autos da ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer, sob o nº. 0000081-14.2011.815.0181, movida pela primeiro apelante em face do segundo recorrente, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na exordial.

Na sentença exarada às fls. 140/152, o juiz “*a quo*” determinou que o promovido “*implante, com base apenas no vencimento básico do cargo exercido pelo autor, o adicional por tempo de serviço, na modalidade quinquenal, observado o percentual requerido de 7% (sete por cento), com incidência a partir de 1º.02.2015*”. Condenou, outrossim, o promovido a pagar ao promovente “*os valores relativos ao quinquênio até a sua devida implantação, observando-se o percentual acima reportado, a contar de 1º.02.2015*”. Entretanto, no período anterior a referida data serão aplicadas as regras de incidência dos quinquênios disciplinadas no art. 51, XVI, da Lei Orgânica Municipal, tudo no limite do prazo prescricional

quinquenal". Condenou, ademais, o promovido ao pagamento dos terços de férias requeridos na inicial.

Condenou, por fim, a edilidade "a pagar ao autor o adicional de insalubridade, no percentual de 15% (quinze) por cento sobre o vencimento básico (...), no período de 21.12.2007 a 31.05.2008, uma vez que referido adicional foi implantado a partir do mês de junho de 2008".

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, sob a alegação de que faz *jus* ao FGTS não recolhido desde a data de sua admissão, haja vista que os servidores do Município de Guarabira são regidos pelo regime celetista.

O Município de Guarabira também interpôs apelação (fls. 158/165), sustentando que o magistrado de piso não agiu com acerto ao condenar a edilidade ao pagamento de terços de férias, haja vista que a autora não se desincumbiu do ônus de provar que requereu férias nos períodos mencionados na exordial. Verbera, ademais, que, vem pagando regularmente o adicional por tempo de serviço. Por fim, aduz que a autora não faz "*jus*" a percepção de adicional de insalubridade, face à ausência de lei municipal específica considerando insalubre a atividade por ela exercida.

Contrarrazões apresentadas pelas partes (fls. 170/174 e fls. 175/182).

Feito não encaminhado ao Ministério Público por não se enquadrar no art. 82 do Código de Processo Civil, e nem haver obrigatoriedade na Lei de Recursos (Lei nº 8.038/90).

É o relatório.

VOTO

Passa-se a análise, em separado, das verbas pleiteadas.

Do adicional por tempo de serviço

De início, convém explicitar que o adicional por tempo de serviço não se confunde com a progressão funcional por tempo de serviço regulamentada pela Lei Municipal nº 398/1998. É que, como bem observou o magistrado de primeiro grau, nos fundamentos da decisão vergastada:

“no caso dos servidores de Guarabira/PB, os arts. 11 e 12 da Lei Municipal n. 398/98 disciplinam que a progressão funcional será baseada na avaliação de desempenho e no tempo de serviço. No entanto, embora o tempo de serviço esteja compondo um dos fatores para a progressão na carreira dos servidores municipais, nada impede que a administração municipal utilize referido fato para servir de base ao pagamento do adicional por tempo de serviço (ATS), na modalidade quinquenal, como forma de melhor retribuir aqueles que mais tempo se dedicaram ao serviço público, uma vez que este é 'um adicional ex facto temporis, resultante de serviço já prestado – pro labore facto. Daí por que se incorpora automaticamente ao vencimento e o acompanha na disponibilidade e na aposentadoria' (...) No mais, o pagamento do adicional por tempo de serviço é automático (cf. Art. 51, XVI, da LOM), ou seja, para sua incidência, basta que haja o transcurso do tempo de atividade do servidor”.

Pois bem. Compulsando os autos, verifica-se que o adicional por tempo de serviço foi estabelecido pela Lei Orgânica do Município de Guarabira, *“in verbis”*:

Art. 51. São direitos dos servidores públicos:

(...)

XVI – o adicional por tempo de serviço será pago a todos os servidores, na forma da lei, automaticamente pelos sete quinquênios em que se desdobrar a razão de cinco por cento (5%) pelo primeiro; sete por cento (7%) pelo segundo; nove por cento (9%) pelo terceiro; onze por cento (11%) pelo quarto; treze por cento (13%) pelo quinto; quinze por cento (15%) pelo sexto e dezessete por cento (17%) pelo sétimo, sendo este direito extensivo ao funcionário investido em mandato Legislativo.

Como corolário, possui o autor direito a receber a dita verba, haja vista que o adicional por tempo de serviço público é de natureza eminentemente administrativa e sua concessão subordina-se apenas à existência de previsão legal.

Da análise do caderno processual, constata-se, de fato, pelos contracheques e fichas financeiras acostados aos autos, que o promovente não recebeu os valores a que fazia *“jus”*, conforme percentuais determinados na LOM.

No caso em comento, o ônus processual de provar o adimplemento do referido adicional competia à edilidade e não à autora, visto ser fato extintivo do direito pleiteado.

O processualista **NELSON NERY JÚNIOR** é incisivo ao dispor que o réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas, sim, comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, nos termos do que preleciona o inciso II do art. 333 do CPC. Veja-se:

“II: 9. Ônus de provar do réu. Quando o réu se manifesta (...) O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as consequências que pretende.”¹

Justiça já decidiu:

Sobre o assunto, este Egrégio Tribunal de

“SERVIDOR PÚBLICO – SALÁRIOS ATRASADOS – Falta de Pagamento – Contestação – Fato Extintivo – Dedução ilegal Sobre o Vencimento – Restituição Indevida – Procedência Parcial – Remessa Desprovida. Tratando-se a questão de falta de pagamento salarial, cabe ao empregador comprovar que o fez, pois, ao reverso, subtende-se que não o efetuou. Uma vez que a alegação de pagamento das respectivas verbas trabalhistas representa fato extintivo, cuja prova compete ao réu, à luz do que determina o art. 333, II, do CPC. (Remessa Ex-offício 2001.007502-7; Rel: Des. Jorge Ribeiro Nóbrega; Data de Julgamento: 13/12/2001 Data de Pub. no DJ: 21/12/2001; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível do TJ/PB)” (grifei)

Sem destoar:

“REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER QUINQUÊNIOS PROCEDÊNCIA IMPLANTAÇÃO E PAGAMENTO DE QUINQUÊNIOS IRRESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO PREVISÃO LEGAL ART. 51, XVI, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUARABIRA PAGAMENTO NÃO COMPROVADO INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DO CPC HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXAÇÃO ADEQUADA DESPROVIMENTO DO APELO E DA REMESSA. Restando comprovada a existência de previsão legal que determine o pagamento de adicional por tempo de serviço quinquênio aos servidores de Guarabira, o direito de receber tal benefício é medida que se impõe quando atingido o período do quinquênio exigido pela norma. Cabe ao empregador o ônus de

¹ Nelson Nery Júnior. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. e ampl., p. 836 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do empregado ao recebimento de verbas salariais pleiteadas. Verificando-se que o advogado da recorrida atuou diligentemente em várias fases do processo, cumprindo fielmente seu papel de patrono e constatando a fixação adequada dos honorários advocatícios, mister a sua manutenção, uma vez que reduzidos, atingiriam patamar não condizente com a sua atuação profissional. TJPB - Acórdão do processo nº 01820100012659001 - Órgão (3 CAMARA CIVEL) - Relator DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS - j. Em 12/03/2013” (grifei)

Assim, não merece reforma a sentença quanto a esse ponto.

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 constitucional², operação necessária pela remissão determinada no preceito

² “**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

anterior, constata-se que o rol de direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos não alberga o título de adicional de insalubridade (inciso XXIII). Ou seja, é patente que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inc. 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 encontra-se previsto no “*caput*” do art. 37 da CF/88³.

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*

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 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.”

³ “**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:”.

parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”⁴.

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 dependeria de lei específica local, regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP⁵:

“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 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)

No mesmo sentido, eis outro julgado do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO LOCAL E FATOS E PROVAS. VERBETES 279 E 280-STF. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

⁴ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

⁵ 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

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.**⁶ (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 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.”*⁷. (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 seguinte súmula:

“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”.

A Lei Orgânica do Município de Guarabira disciplina a concessão do adicional de insalubridade nos seguintes termos:

⁶ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

⁷ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

“Art. 51. São direitos dos servidores públicos:

(...)

X – adicional de remuneração para as atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei;”

Como se pode inferir da leitura do dispositivo transcrito, há previsão genérica na lei municipal acerca da verba pleiteada, contudo, sua concessão resta condicionada à definição em lei específica.

Com relação aos Agentes Comunitários de Saúde e aos Agentes de Combate a Endemias, foi editada a Lei Municipal nº 774/2007 – posteriormente renumerada para Lei nº 777/2007, que assim dispôs:

“Art. 3º Os Agentes Comunitários de Saúde (ACS) e Agentes de Combate a Endemias (ACE) terão seus trabalhos compensados com remuneração bruta mensal equivalente ao somatório de:

I – 01 (um) salário-mínimo;

II – gratificação correspondente a 25% (vinte e cinco por cento sobre o salário-mínimo;

III – adicional de insalubridade correspondente a 15% (quinze por cento) sobre o salário-mínimo.”

Assim sendo, com a edição da referida lei, restou regulamentado o direito ao recebimento do adicional de atividades insalubres pelos Agentes de Combate a Endemias, como é o caso da autor.

Desta feita, deve ser mantida a condenação do Município de Guarabira ao pagamento dos adicionais de insalubridade, a partir no período indicado, nos termos da sentença “a quo”.

Seguem os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. AÇÃO DE COBRANÇA. MUNICÍPIO DE PATOS. DUAS APELAÇÕES. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NORMA MUNICIPAL REGULAMENTADORA. VIGÊNCIA A PARTIR DE FEVEREIRO DE 2011. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO APELO.

O adicional de insalubridade deverá ser pago na forma da Lei municipal nº 3.927/2010 que fixou em R\$ 108,00

(cento e oito reais) o referido adicional, a partir de fevereiro de 2011. No caso de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios deverão ser recíproca e proporcionalmente compensados, de acordo com o art. 21 do CPC". (TJPB; AC 025.2012.000760-1/001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; DJPB 12/09/2013; Pág.8)

E:

“ORDINÁRIA DE COBRANÇA — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE — PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL — IRRESIGNAÇÃO DA EDILIDADE — LEI LOCAL ABORDANDO OS CRITÉRIOS E ATIVIDADES PARA O RECEBIMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EDITADA EM 31/08/2011 — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE — APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC — PROVIMENTO MONOCRÁTICO.

-A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, o qual determina a vinculação das atividades administrativas em conformidade com a lei.

- 'A gratificação por exercício de atividade insalubre depende de previsão na Lei local' (Apelação Cível Nº 70035881861, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 14/07/2010).

-'A gratificação por exercício de atividade perigosa depende de previsão na Lei local. Art. 37, 'caput', da CF, sendo somente devido a partir do momento em que for editada Lei regulamentando as atividades insalubres ou 70031366867, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 02/12/2009)" (TJPB, Apelação Cível nº 037.2011.000665-9/001, Relator. Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides)

Do terço de férias

Como é cediço, a Carta Magna, em seu art. 7º, XVII, assegura à todos os trabalhadores urbanos ou rurais o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Adiante, a Carta Política estende expressamente esta garantia aos ocupantes de cargo público. Veja-se:

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.*

O terço de férias, portanto, é um direito cristalino que tem o servidor público de receber, por ocasião de suas férias. Trata-se de um mandamento constitucional, de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Faz-se necessário ressaltar, por oportuno, que o pagamento de tal verba não está sujeito à comprovação de requerimento de férias, nem do seu efetivo gozo. O mais importante é que tenha o servidor laborado durante o período reclamado, com sua força de trabalho em favor da Administração Municipal, sem exercer um direito que lhe era garantido.

Sobre o assunto, o **MINISTRO CARLOS BRITTO** asseverou que *“o fato de o servidor não haver usufruído o mencionado direito não é de se lhe infligir punição ainda maior; qual seja, a de deixar de receber a indenização devida, com o acréscimo constitucional. Entendimento contrário levaria a uma dupla punição ao servidor: impossibilitá-lo de gozar as férias (art. 39, § 3º, c/c 7º, inciso XVII, da Magna Carta); e, justamente por esse motivo, negar-lhe a compensação monetária devida, o que acarretaria, ainda, enriquecimento ilícito por parte do Estado⁸”*.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FÉRIAS. PERÍODOS NÃO GOZADOS EM ATIVIDADE. RECEBIMENTO EM PECÚNIA. ACRÉSCIMO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. INCISO XVII DO ART. 7º DA MAGNA CARTA. ADMISSIBILIDADE. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao acolher o pedido do autor, apenas conferiu efetividade ao disposto no inciso XVII do art. 7º da Lei das Leis. Com efeito, se o benefício não é usufruído, porque a Administração indeferiu requerimento tempestivo do servidor, ao argumento de absoluta necessidade do serviço, impõe-se a indenização

⁸RE 324880 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 10-03-2006 PP-00026 EMENT VOL-02224-03 PP-00461 RTJ VOL-00204-01 PP-00380

correspondente, acrescida do terço constitucional. De outra parte, o fato de o servidor não haver usufruído o direito, não lhe acarreta punição ainda maior; qual seja, a de deixar de receber a indenização devida, com o acréscimo constitucional. Procedimento esse que acarretaria, ainda, enriquecimento ilícito do Estado. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 324880 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 10-03-2006 PP-00026 EMENT VOL-02224-03 PP-00461 RTJ VOL-00204-01 PP-00380)” (grifei)

Câmara:

No mesmo tom, eis julgado desta Egrégia

“AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. AGENTE DE LIMPEZA URBANA. MUNICÍPIO DE GUARABIRA. VANTAGEM INSTITUÍDA DE FORMA GENÉRICA PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. REGULAMENTAÇÃO A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 846/2009. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. REEXAME NECESSÁRIO E APELO DESPROVIDOS. (...) Terço constitucional de férias. Prévio requerimento. Com- provação de gozo. Desnecessidade. Garantia constitucional. Desprovimento. O direito à férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais do salário normal é assegurado pela Carta Magna em seu art. 7º, inc. XVII, sendo que tal direito foi expressamente estendido aos servidores públicos, nos termos do art. 39, § 3º da Lei maior. O pagamento do terço constitucional de férias prescinde de prévio requerimento ou efetivo gozo do descanso pelo servidor. (TJPB; AC 018.2009.001133-1/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 10/12/2013; Pág. 13)” (Grifei)

Em caso semelhante ao dos autos, a Terceira Câmara Cível desta Egrégia Corte de Justiça decidiu:

“REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL SENTENÇA ILÍQUIDA SÚMULA Nº 490/STJ AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER TERÇO DE FÉRIAS, QUINHÊNIO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS APELAÇÃO DO MUNICÍPIO IMPLANTAÇÃO E PAGAMENTO DE QUINQUÊNIO

PREVISÃO LEGAL ART. 51, XVI, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUARABIRA PAGAMENTO NÃO COMPROVADO INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DO CPC HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA EXISTÊNCIA PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. Restando comprovada a existência de previsão legal que determine o pagamento de adicional por tempo de serviço quinquênio aos servidores de Guarabira, o direito de receber tal benefício é medida que se impõe quando atingido o período do quinquênio exigido pela norma. Cabe ao empregador o ônus de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do empregado ao recebimento de verbas salariais pleiteadas.

APELAÇÃO DA AUTORA - 1. TERÇO DE FÉRIAS POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO MESMO QUE NÃO COMPROVADO O GOZO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBÊNCIA PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. Pela interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais relativos aos direitos dos trabalhadores e do Código Civil, bem como tomando por base a jurisprudência dos tribunais de superposição, é de se garantir o direito aos servidores públicos municipais de receber o terço de férias, ainda que não as tenham gozado à época devida. TJPB - Acórdão do processo nº 01820090016272001 - Órgão (3ª CAMARA CIVEL) - Relator DES. MARCIO MURILO DA CUNHA RAMOS - j. Em 18/09/2012 (grifei)

Da mesma forma, portanto, a sentença deve ser mantida no que concerne à condenação ao pagamento dos terços de férias, posto que não fez a edilidade prova do pagamento da referida verba (fato extintivo do direito do autor), assumindo o ônus processual.

Do FGTS

Como visto, nas razões do seu apelo o autor pugna pela reforma da sentença, sob a alegação de que faz jus ao FGTS não recolhido desde a data de sua admissão, haja vista que os servidores do Município de Guarabira são regidos pelo regime celetista, bem como por ser nulo o seu contrato de trabalho, já que não fora submetido a concurso público.

Contudo, sua irresignação não merece prosperar.

Como é cediço, o § 5º do art. 198 da Constituição Federal prevê que “Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o

piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde”.

Regulamentando dito preceito constitucional, a Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, em seu art. 8º, dispõe que o regime de contratação dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias será o celetista, salvo se lei local dispuser de forma diversa. Veja-se:

“Art. 8º. Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.
(Grifei)

Vê-se que referida lei preservou a autonomia dos entes federados, na medida em que os autorizou a, por meio de lei local, submeter os seus agentes de combate às endemias a regime jurídico diverso do estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Especificamente em relação ao Município de Guarabira, a Lei Municipal nº 774/2007, que criou os cargos de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, os quais passaram a integrar o quadro de pessoal de provimento efetivo da administração direta do município, fez por submeter tais profissionais ao regime estatutário, diferentemente do sustentado pelo autor/recorrente.

Conforme preceito contido no § 2º do art. 1º da referida Lei Municipal, o autor, que já desempenhava as atividades de agente de combates às endemias, bem como havia sido contratado pelo município recorrido em face de aprovação em anterior processo seletivo, passou a incorporar o quadro de servidores efetivos do Município de Bayeux.

Portanto, certo é que o autor, por força da dita Lei Municipal nº 774/2007, está submetido ao regime jurídico estatutário, não se aplicando a ele, assim, os enunciados normativos da Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual não faz jus ao FGTS, nos termos decidido pelo magistrado de base, eis que referido benefício é devido apenas aos servidores regidos pela CLT.

DISPOSITIVO

Destarte, **nega-se provimento** ao reexame necessário e às apelações cíveis, mantendo em todos os seus termos a decisão vergastada.

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. Des. 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