



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

DECISÃO MONOCRÁTICA

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO N. 0000142-34.2014.815.0191

RELATOR: Ricardo Vital de Almeida – Juiz Convocado

APELANTE: Maurício Félix de Miranda (Adv. Marcos Antônio Inácio da Silva)

APELADO: Município de Cubati, representado por seu Procurador Rômulo Leal Costa

REMETENTE: Juízo da Vara Única da Comarca de Soledade

RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE LIMPEZA URBANA (GARI). DÉCIMOS TERCEIROS, FÉRIAS + TERÇO CONSTITUCIONAL E SALÁRIOS ATRASADOS. COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DAS VERBAS. ÔNUS DA EDILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, II, DO CPC. NÃO DESINCUMBÊNCIA DO *ONUS PROBANDI*. QUINQUÊNIOS. PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INEXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA QUANTO A CARGOS E PERCENTUAIS DEVIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. ARBITRAMENTO DE OFÍCIO. SUCUMBÊNCIA. AUTOR QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. CONDENAÇÃO DA EDILIDADE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TJPB. ART. 557 DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO AO RECURSO OFICIAL E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

- Não é razoável ou justo admitir que o servidor público exerça seu mister sem a correspondente contraprestação. *In casu*, não havendo comprovação do pagamento relativo aos décimos terceiros salários, férias + terço constitucional, quinquênios e aos salários atrasados não alcançados pela prescrição quinquenal, é de rigor a condenação da Edilidade aos respectivos pagamentos.

- Nos termos do art. 333, II, do CPC, incumbe ao Município

demonstrar que efetivamente pagou as verbas remuneratórias de servidor público supostamente inadimplidas.

- Na sentença, o Juízo *a quo* determinou o pagamento dos salários de novembro e dezembro de 2012, das férias e respectivo terço constitucional e dos quinquênios relativos aos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação. Entretanto, no tocante ao décimo terceiro salário, em que pese a inexistência de prova do pagamento no período não atingido pela prescrição quinquenal, foi determinado o pagamento apenas da gratificação natalina do ano de 2012, devendo a sentença ser reformada neste ponto.

- A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade e, portanto, somente pode fazer aquilo que a lei determina, nos termos do art. 37 da CF. Em que pese haver previsão do pagamento do adicional de insalubridade a servidores públicos, o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, não tem aplicação imediata, dependendo de regulamentação pelo Poder Executivo do ente federativo respectivo, competindo a este dispor acerca das peculiaridades do regime de trabalho e remuneração dos seus servidores. No caso, não restou comprovada a existência de lei específica que preveja o percentual e os cargos que fazem jus ao pagamento do adicional de insalubridade, inviabilizando a pretensão autoral.

- Tendo a parte autora decaído de parte mínima do pedido, deve o Município ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso oficial e apelação interposta por Maurício Félix de Miranda contra sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Soledade nos autos da ação de cobrança, promovida pelo recorrente em desfavor do Município de Cubati, ora apelado.

Na sentença impugnada, o douto magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos vestibulares, condenando a Fazenda Pública ao pagamento de 13º salário, referente ao período cobrado na inicial, respeitando a

prescrição quinquenal, assim como, dos salários retidos dos meses de novembro e de dezembro do ano de 2012.

Inconformada, a promovente interpôs o presente recurso apelatório, alegando, em preliminar, a nulidade da sentença. No mérito, não se conformando com as verbas acima deferidas, pugna também pelo recebimento: do aviso prévio; do FGTS e multa de 40%; das férias, acrescidas do terço constitucional; bem como, dos salários atrasados dos meses de novembro e dezembro de 2007.

Ao final, pleiteia pelo provimento do recurso, a fim de que o Município seja compelido a pagar as verbas acima relacionadas.

Não houve contrarrazões pela parte apelada.

Diante da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, deixo de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 169, § 1º, do RITJPB c/c o art. 82 do CPC.

É o relatório. Decido.

Conforme se observa da decisão, o sentenciante julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na peça inaugural, condenando a edilidade ao pagamento dos salários de novembro e dezembro de 2012, das férias, do respectivo terço constitucional e dos quinquênios relativos aos últimos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, em atenção à prescrição quinquenal e do 13º salário referente ao ano de 2012.

Oportuno destacar que o recebimento da retribuição pecuniária pelo trabalho prestado à Administração configura direito dos servidores constitucionalmente assegurado (art. 7º, CF), tendo em vista que não se admite a prestação de serviço sem que haja contraprestação.

Outrossim, o não pagamento das verbas remuneratórias devidas configurar-se-ia locupletamento ilícito por parte da Administração Pública, sendo certo que o servidor público, como todo trabalhador, tem direitos assegurados, entre eles a garantia da remuneração devida.

Havendo força de trabalho despendida, nada mais justo que compensá-la, por ser o direito à contraprestação tutelado constitucionalmente, bem como demais vantagens autorizadas por lei.

Com efeito, cabia à municipalidade provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos pleiteados, assim como dispõe o inciso II do

art. 333 do CPC:

“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”. (grifo nosso).

Nesse contexto, não há como se repassar ao servidor, no caso, à promovente, o ônus de comprovar a falta de pagamento, sendo suficiente demonstrar o seu vínculo junto ao Município e a efetiva prestação do serviço, o que foi feito.

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça, já entendeu, por diversas vezes, neste sentido, *in verbis*:

“AÇÃO DE COBRANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO - INADIMPLEMENTO DE SALÁRIOS E 1/3 DE FÉRIAS INTEGRAIS E PROPORCIONAIS POR PARTE DO MUNICÍPIO - ALEGAÇÃO DE NEGOCIAÇÃO DOS SALÁRIOS RETIDOS E DE QUITAÇÃO DAS VERBAS REFERENTES AO TERÇO DAS FÉRIAS INTEGRAIS E PROPORCIONAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS - ÔNUS DA PROVA DE FATO MODIFICATIVO, EXTINTIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR CABE AO RÉU - DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL. - É ônus do Município a produção de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da servidora, ora recorrida, inteligência do art. 333, inciso II do CPC. - Demonstrada a falta de pagamento pela Administração referente aos vencimentos e as férias integrais e proporcionais, o que produz enormes prejuízos ao servidor público, correta é a decisão que condena o Município ao pagamento das verbas pleiteadas, sob pena de se acolher o enriquecimento ilícito.”¹

“CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO - Ação Ordinária de Cobrança - Serviço Prestado ao Município - Ausência de Pagamento - Documento comprovando que o Município deve ao autor - Revelia - Sentença - Apelação - Manutenção da sentença - Desprovimento do recurso. - Portanto, tendo o autor provado o fato constitutivo do seu direito art. 333, 1, CPC e não tendo o Município demonstrado o fato impeditivo por ele

¹ TJPB - AC 02120090006848001 – Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque – 2ª Câmara Cível - DJ 11/03/2013.

alegado art. 333, II, CPC, impõe-se reconhecer a procedência do pedido, mantendo a sentença em todos os termos.”²

“REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. VERBAS SALARIAIS RETIDAS INDEVIDAMENTE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO. ILEGALIDADE. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÔNUS DA PROVA DO PAGAMENTO QUE INCUMBE AO MUNICÍPIO. [...] Sendo obrigação constitucional do Poder Público remunerar seus servidores pelos trabalhos prestados, a retenção dos seus salários configura enriquecimento ilícito da Administração, o que é repudiado pelo nosso ordenamento jurídico. - O Município é o detentor do controle dos documentos públicos, sendo seu dever comprovar o efetivo pagamento das verbas salariais reclamadas, considerando que ao servidor contratado é impossível fazer a prova negativa de tal fato. [...]”³

Por sua vez, a Corte Superior de Justiça também se pronunciou a respeito, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROGRESSÃO FUNCIONAL. DIFERENÇAS SALARIAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. ATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO. ART. 333, II, DO CPC. INCUMBÊNCIA DO RÉU. RECONHECIMENTO DO DIREITO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUISITOS LEGAIS. NÃO PREENCHIMENTO. ALEGAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. LEI ESTADUAL Nº 10.961/92. VIOLAÇÃO. EXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 280/STF. 1. Não há falar em julgamento extra petita se a pretensão do autor diz respeito ao recebimento das parcelas decorrentes da progressão, uma vez que para julgar o pedido procedente, deve, primeiramente, o Juiz sentenciante declarar o seu direito à referida progressão funcional. 2. Nos termos do art. 333, II, do CPC, o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do

² TJPB – AC 0532009000178-4/001 – Rel. Des. Genésio Gomes Pereira Filho – 3ª Câmara Cível – 20/04/2010.

³ TJPB – AC 09420070008126001 – Rel. Des. Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira – 2ª Câmara Especializada - 12/11/2012.

direito do autor. 3. (...). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴

Portanto, por não comprovar o pagamento das férias, do respectivo terço constitucional e dos quinquênios relativos ao período não prescrito, bem como dos salários dos meses de novembro e dezembro de 2012, correta a decisão de primeira instância que determina os seus pagamentos, devendo, assim, ser matnida neste aspecto.

Por outro lado, no tocante ao 13º salário, o Magistrado *a quo* determinou o pagamento apenas relativo ao ano de 2012. Ocorre que, na petição inicial, o autor pleiteou o pagamento relativo a todo o período não prescrito e, diante da ausência de comprovação do pagamento pelo Município, impõe-se a condenação nos mesmos termos das demais verbas.

Assim, deve ser dado provimento ao recurso do autor, a fim de se determinar o pagamento dos décimos terceiros salários relativos aos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação, haja vista a prescrição quinquenal, e não apenas o relativo ao ano de 2012.

Por fim, insta definir se o autor, Agente de Limpeza Urbana (gari) da Prefeitura Municipal de Cubati, tem direito à percepção do adicional de insalubridade.

À luz disso, registre-se que, embora a atividade do autor seja diversa daquela desenvolvida pelos Agentes Comunitários de Saúde, a pretensão que se busca é idêntica, à medida em que em ambos os casos tenciona-se a percepção de adicional de insalubridade, aplicando-se à hipótese dos autos, conseqüentemente, o raciocínio desta Corte no Incidente de Uniformização de Jurisprudência voltado à discussão da extensão da rubrica em questão aos Agentes Comunitários de Saúde.

Nesse diapasão, tem-se que o exame das situações postas nos autos poderia levar o intérprete menos atento a dar tratamento diverso às hipóteses, uma vez que a súmula nº 42, editada pelo Pleno desta Corte, trouxe em seu texto apenas a solução para a controvérsia envolvendo os Agentes de Saúde, *in verbis*:

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.

⁴ STJ - AGA 200802395385 - 6ª T. - Rel. OG Fernandes - Data da Publicação: 28/09/2009.

Em que pese, pois, a referência expressa da súmula aos Agentes Comunitários de Saúde, creio que o raciocínio jurídico que levou a Corte a adotar o entendimento esculpido na súmula deve ser estendido não apenas aos Agentes de Limpeza Urbana, mas a toda e qualquer situação em que o pagamento do Adicional de Insalubridade não esteja, efetivamente, regulamentado.

Neste particular, mostra-se necessário atentar para o fato de que a referência aos Agentes Comunitários de Saúde somente ocorreu por força dos inúmeros feitos que se encontravam pendentes de julgamento no âmbito dessa instância jurisdicional, que envolviam essa categoria específica de servidores.

Em outras palavras, frise-se que não poderia ser outro o raciocínio, na medida em que a discussão girou em torno da necessidade de regulamentação, via lei local, do direito pretendido, seja no que se refere à atividade ou o percentual a ser pago, de acordo com a graduação dos índices de insalubridade.

Para melhor ilustrar, transcreve-se parte do voto do eminente relator, Desembargador José Ricardo Porto:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXIII estabelece:

**“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;”**

Após a Emenda Constitucional nº 19/98, o §3º, do art. 39 da CF/88, que faz referência aos direitos sociais estendidos aos servidores públicos, deixou de fazer menção ao inciso XXIII, do art. 7º, daquele mesmo diploma.

A respeito do tema, permito-me citar as lições doutrinárias do constitucionalista Alexandre de Moraes:

**“Ressalte-se que a EC nº 19/98, aparentemente, suprimiu dois direitos sociais dos servidores ocupantes de cargos públicos, anteriormente previstos pela redação originária da Constituição de 1988: irreduzibilidade do salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7º, VI) e adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubre ou perigosas, na forma da lei (CF, art. 7º XXIII).”
(MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed. São**

Paulo: Atlas, 2008. P. 347).

Dito isso, concebo que o recebimento do mencionado adicional pelos servidores sujeitos ao vínculo jurídico-administrativo, depende da existência de Lei Ordinária da instituição ao qual pertençam e conforme estabeleça. Assim, a percepção da referida verba pelos agentes comunitários de saúde depende de lei local regulamentadora, assegurando expressamente àquela categoria o direito ao seu recebimento.

Logo, a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, adstrita, portanto, à observância da lei, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, não podendo se afastar dessa regra constitucional, sob pena de praticar ato inválido.

Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles, in verbis:

“A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim.” (Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed., Malheiros: São Paulo, pp. 82/83).

No que diz respeito à gratificação pelo exercício de atividade insalubre, trazemos novamente à baila lição do ilustre doutrinador:

“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. Por esse motivo, a gratificação por risco de vida ou saúde pode ser suprimida, ampliada ou restringida a todo tempo, sem ofensa a direito dos que a estavam percebendo.” (ob. cit., p. 414.)

Portanto, a definição das atividades insalubres dependerá da norma local, pois toda gratificação necessita de lei formal, sendo vedado ao órgão julgador estendê-la a quem quer que seja, mormente por não ser possível ao Poder Judiciário aumentar vencimentos, sob o fundamento de isonomia (Súmula 339-STF).

Em resumo, concebo que o recebimento do adicional de insalubridade pelos Agentes Comunitários de Saúde só é cabível quando existir expressa previsão legal e local neste sentido.

Com arrimo em tal inteligência, vislumbra-se que a leitura da decisão revela não existir na discussão qualquer questionamento quanto à insalubridade do cargo, mas somente a divergência e posterior solução no que se refere à necessidade de regulamentação como requisito ao pagamento do adicional.

Tanto é assim que, ao fixar a divergência existente entre os órgãos fracionários desta Corte de Justiça, o douto Relator do Incidente de Uniformização de Jurisprudência ressaltou, somente, a questão da necessidade de regulamentação da rubrica por lei local, consoante apregoa os termos seguintes:

“Pinçando os autos, vislumbra-se, com efeito, que a matéria trazida por meio do presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência gira em torno da concessão de adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde, quando inexistente lei local sobre o tema em disceptação, havendo divergências entre os Órgãos da nossa Casa de Justiça”.

O contexto da decisão demonstra que, embora a súmula traga no texto o apontamento referente aos Agentes Comunitários de Saúde, o que restou decidido naquela ocasião foi a impossibilidade de pagamento do adicional sem a devida regulamentação legal, inclusive no que se refere aos graus de insalubridade, o que, em última análise, importa dizer que a Administração somente está autorizada a fazer o que a lei permite, em obediência ao princípio da reserva legal.

Assim, lançando mão do conteúdo da decisão, pouco importa qual seja o cargo ocupado ou até mesmo a natureza da gratificação, adicional ou benefício; sem previsão legal não é possível o pagamento de qualquer desses direitos ao servidor público, sob pena de infração ao princípio da legalidade, encartado no art. 37, da Constituição Federal. Essa, portanto, é a lição que se extrai do julgado e que deve, salvo melhor juízo, ser aplicável nos litígios envolvendo servidores

públicos, tal como discutido nos autos.

Trasladando-se o entendimento acima perfilhado à conjuntura em deslinde, vislumbra-se que, não havendo documento nos autos que demonstre a regulamentação do adicional de insalubridade dos garis vinculados à Municipalidade ré, a despeito de o Estatuto dos Servidores prever, em seu art. 103, o pagamento desse adicional, não há como se condenar o Município ao seu pagamento, haja vista a ausência de norma regulamentadora que preveja o percentual e os cargos que fazem jus ao respectivo pagamento.

Outrossim, quanto aos juros de mora e à correção monetária, urge ressaltar que o STJ firmou entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública “[...] **para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-lei 2.332/87, no período anterior a 27/08/2001, data da publicação da Medida Provisória 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei 9.497/97; percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória 2.180-35/2001, até o advento da Lei 11.960, de 29/06/2009 (DOU de 30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97; juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, incidindo a correção monetária, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, calculada com base no IPCA, a partir da publicação da referida Lei (30/06/2009).**”⁵

No que pertine, por sua vez, aos termos de início dos juros de mora e da correção monetária, aponto que os mesmos devem incidir na forma acima elencada, a contarem, respectivamente, da citação e da data do inadimplemento das verbas, isto é, do momento em que as mesmas deveriam ter sido quitadas.

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, deve ser reformada a sentença a fim de se condenar o Município ao respectivo pagamento, deixando de se reconhecer a sucumbência recíproca, porquanto o autor decaiu de parte mínima do pedido, eis que apenas não lhe foi reconhecido o direito ao adicional de insalubridade e aos danos morais.

Em razão das considerações tecidas acima, com fulcro no art. 557, *caput*, CPC, e na Jurisprudência dominante desta Corte, **nego seguimento à remessa necessária, dou parcial provimento à apelação do autor, a fim de condenar o Município ao pagamento dos décimos terceiros salários relativos aos últimos**

⁵ STJ, AgRg REsp 1086740/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª TURMA, 10/12/2013, 10/02/2014.

cinco anos anteriores à propositura da ação, não alcançados pela prescrição quinquenal, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação e, de ofício, arbitro os juros de mora e correção monetária, nos moldes acima indicados.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 26 de fevereiro de 2016.

Ricardo Vital de Almeida
Juiz Convocado