



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

RECURSO OFICIAL E APELAÇÕES N. 0000631-91.2016.815.0000

ORIGEM: Juízo da 5ª Vara da Comarca de Patos

RELATOR: Desembargador João Alves da Silva

01 APELANTE: Iatiara Emiliano Barbosa (Adv. Marcos Antônio Inácio da Silva)

02 APELANTE: Município de Patos, por sua Procuradora Danubya Pereira de Medeiros.

APELADOS: Os mesmos

APELOS E RECURSO OFICIAL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LEI MUNICIPAL EDITADA EM 2010. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO RETROATIVO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 13º SALÁRIO, FÉRIAS E 1/3 CONSTITUCIONAL. COMPROVAÇÃO PARCIAL DE PAGAMENTO. PASEP. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. VALOR DEVIDO. FGTS. RECOLHIMENTO DEVIDO. REGIME DE RECURSOS REPETITIVOS DO STJ. ADEQUAÇÃO DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

- Como se sabe, a Administração Pública está sujeita à observância obrigatória ao princípio da legalidade, nos termos do art. 37, caput, da CF, não podendo se afastar dessa regra constitucional, sob pena de praticar ato inválido. Por esta razão, o pagamento de direitos aos servidores públicos reclama a expressa previsão legal, editada na esfera de competência administrativa correspondente. Em outras palavras, não é suficiente a simples existência da situação de fato, no caso, a prestação de serviços sobre condições insalubres. Deve haver legislação respectiva prevendo a existência do direito de percepção ao pagamento do adicional.

- Uma vez que a lei municipal n. 3.927/2010, que instituiu o adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde entrou em vigor apenas no mês de fevereiro de 2011, a autora faz jus ao seu recebimento somente a partir dessa data.

- Não tendo o Município se desincumbido do ônus que lhe impõe o artigo 373, II, do CPC, atinente à comprovação dos fatos desconstitutivos do direito do autor, deverá arcar com o pagamento de algumas das verbas pleiteadas na exordial, sob pena de enriquecimento ilícito da Municipalidade

- Conforme Jurisprudência pátria, “[...] Os servidores públicos municipais fazem jus à inscrição no PASEP, instituído pela LC nº 08/70, diploma que teve sua constitucionalidade referendada pela CF/88 (art. 239), desde a data de ingresso no serviço público. III - Demonstrada a desídia da municipalidade ao inscrever a destempo, ou seja, em período distinto das respectivas datas de admissão, seus servidores no programa PIS/PASEP, cabe àquele regularizar a situação cadastral, bem como arcar com os valores não percebidos”.¹

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas.

ACORDA a 4ª Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por unanimidade, dar provimento parcial aos recursos, nos termos do voto do relator, integrando a decisão a certidão de fl. 324.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos oficial e apelatórios interpostos contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara da Comarca de Patos nos autos de reclamação trabalhista, promovida por Iatiara Emiliano Barbosa, primeira apelante, em face do Município de Patos, segundo recorrente.

Na sentença objurgada, o douto magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão vestibular, para o fim de condenar o Poder Público demandado ao recolhimento do FGTS da parte autora relativo ao período de 07/08/1997 até 18/04/2007. Determinou, ainda, as custas processuais e honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a cargo da autora, suspensos nos termos da Lei n. 1.060/50.

Inconformada com parcela do provimento jurisdicional *a quo*, a demandante interpôs recurso apelatório, arguindo, em síntese: a necessidade de pagamento do adicional de insalubridade em relação ao período não prescrito; o dever do Município de adimplir as férias, os terços de férias e os 13^{os} salários declinados na exordial; assim como o cabimento de indenização por omissão da Municipalidade no cadastramento do PIS/PASEP.

1

Por sua vez, insatisfeita, a Fazenda Pública Municipal em litígio ofertou suas razões recursais, pugnano pela reforma do *decisum* proferido, argumentando, em apertada suma, que a autora não faz jus ao recebimento do FGTS e que o início do vínculo com a administração municipal se deu em junho de 1998 e não na data registrada na decisão recorrida.

A autora apresentou contrarrazões (fls. 313/315).

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

É o relatório que se revela essencial.

DECIDO EM CONJUNTO OS RECURSOS

De início, fundamental destacar que a controvérsia em deslinde transita em redor do suposto direito da autora, agente comunitária de saúde do Município de Patos, à percepção de adicional de insalubridade, ao recebimento de verbas alegadamente inadimplidas e, ademais, ao cabimento de uma indenização por falta de cadastramento da demandante, por parte da Municipalidade, no PIS/PASEP.

Com relação ao adicional de insalubridade, imperioso destacar que, em 24 de dezembro de 2010, foi editada a lei municipal nº 3.927/2010, com vigência a partir de 1º de fevereiro de 2011, que prevê o pagamento, a título do respectivo adicional aos agentes comunitários de saúde.

Assim, como antes dessa lei não havia sequer previsão legal do benefício no âmbito do Poder Público Municipal, afigura-se descabido o pagamento de tal rubrica em período anterior à vigência do diploma legal em referência, sob pena de infringência ao preceito da legalidade, inclusive à luz da Jurisprudência Uniformizada desta Corte, da qual emanara a seguinte súmula:

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

Como bem anota José dos Santos Carvalho Filho, **“o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”.**²

² Manual de Direito Administrativo. Carvalho Filho, José dos Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

Corroborando tal entendimento, transcreva-se a ementa:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. CARÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA LOCAL. AUSÊNCIA DE ATIVIDADE INSALUBRE. IMPOSSIBILIDADE DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. - Não restou comprovada a existência dessa lei específica e, portanto, não há previsão, nem definição dos graus e os percentuais que permitam a concessão do adicional de insalubridade ao apelado, desobrigando o Município do pagamento. (TJPB - 01520110023072001 - 1ª CÂMARA CÍVEL – Rel. DES. LEANDRO DOS SANTOS – 23-04-2013).

Nesse diapasão, entendo que a autora tem direito ao recebimento do adicional de insalubridade a partir da entrada em vigor da Lei nº 3.927/2010, precisamente a partir de 1º de fevereiro de 2011, não fazendo a mesma jus à percepção da rubrica durante o período anterior à vigência da legislação em epígrafe.

Outrossim, naquilo que tange ao pleito recursal atinente ao recebimento de 13º salários, férias e terços constitucionais, relativamente ao quinquênio anterior à propositura da demanda, urge reformar a sentença objurgada, para o fim de condenar o Município ao pagamento das verbas inadimplidas e não comprovadas pelo Poder Público demandado.

Por oportuno, destaco que, em tendo a demanda sido promovida em 25 de março de 2009, somente podem ser cobradas as verbas não atingidas pela prescrição quinquenal, ou seja, posteriores a 25 de março de 2004.

Nesse viés, no tocante ao pagamento de tais rubricas reclamadas, deve ser considerado que a própria autora, ouvida em Juízo em 20 de maio de 2009, afirmou, à fl. 40, **“que usufrui férias anualmente; que recebeu 13º dos últimos 02 anos; que passou a receber 1/3 sobre férias a partir de 2007”**.

Como se verifica, não há que se falar em pagamento retroativo no tocante às férias, eis que, diante do efetivo gozo, nada há a ser indenizado.

Por outro lado, no tocante ao terço constitucional, extrai-se do depoimento da autora ter ela recebido essa verba a partir de 2007, o que, inclusive, restou comprovado nos autos, pois, como se observa dos documentos acostados ao caderno processual, nada prova a quitação de tal rubrica nos anos anteriores incorporados no período não prescrito.

Assim, não tendo a Edilidade comprovado o pagamento referente aos anos anteriores, **deve ser pago o valor correspondente ao terço**

constitucional de férias relativo a janeiro de 2005, janeiro de 2006.

Outrossim, quanto ao 13º salário, afirma a autora, em seu depoimento, que recebeu essa verba nos últimos dois anos. Como se vê, a própria autora confessa ter recebido o 13º salário relativo aos anos de 2007 e 2008, assim como a prova documental logra êxito em confirmar a quitação dessa verba entre 2005 a 2008, não se podendo determinar qualquer pagamento quanto a tal período.

Entretanto, quanto ao **décimo terceiro salário referente aos anos de 2004**, não consta dos autos comprovante do respectivo pagamento, ônus que incumbia à Edilidade, nos termos do art. 333, II, do CPC, razão pela qual **deverá o Município arcar com o respectivo pagamento.**

Diante disso, não tendo a Edilidade comprovado o pagamento das verbas relativas ao terço constitucional de férias dos anos de 2005 e 2006, assim como do 13º salário do ano de 2004, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC, resta demonstrado o direito da promovente ao seu recebimento.

Tal é o que ocorre uma vez que, em casos como o dos autos, o ônus da prova quanto ao direito a eventual pagamento a servidor público é do Município, por constituir fato extintivo do direito do autor, conforme previsão expressa do art. 373, II, do CPC. Adstrito ao tema, percucientes são os julgados:

“É ônus do Município provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do servidor ao recebimento das verbas salariais pleiteadas. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz. Assim, tendo o juízo monocrático seguido as balizas legais, não há o que se alterar. Estando a matéria pacificada por jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça, impõe-se a negação do seguimento de recurso, nos termos do caput do art. 557 do CPC”. (TJPB - AC 052.2007.000931-2/001 – Rel. Juiz convocado Rodrigo Marques Silva Lima – DJ 15/10/2009).

“[...] Haja vista que a alegação de pagamento de salário representa fato extintivo de direito, compete ao empregador produzir prova capaz de elidir a presunção de veracidade existente em favor do trabalhador. (TJPB, 051.2006.000439-0/001, Rel. Arnóbio Alves Teodósio, 29/02/2008).”

Corroborando tal entendimento, outrossim, afigura-se bastante apropriada a seguinte lição de Nelson Nery Júnior, para quem:

“O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário

àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu³.

A seu turno, no que se refere à indenização pela não inscrição do PASEP, creio que a pretensão merece prosperar. Nesse norte, afigura-se essencial denotar que a inscrição dos servidores públicos no Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) foi instituído por meio da Lei Complementar n. 08/1970, implicando na obrigação da pessoa jurídica de direito público a qual o servidor se encontra vinculado.

O normativo foi recepcionado expressamente pelo § 3º do art. 239 da CF, vazado nos seguintes termos:

“Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n. 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.

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

Por sua vez, a Lei 7.859/89 regulamentou a constituição para garantir aos servidores públicos que percebem até dois salários-mínimos e que estejam cadastrados no PASEP há, no mínimo, cinco anos, um abono anual, no valor de um salário-mínimo. Senão, confira-se:

“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;

II - estejam cadastrados, há pelo menos cinco anos (art. 4º, § 3º, da

³ Código de Processo Comentado. Nery Jr., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. 6ª ed. pág. 696:

Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975) no Fundo de Participação PIS-Pasep ou no Cadastro Nacional do Trabalhador.”

Neste cenário, não se apresenta razoável que a omissão do Poder Público em inscrever o servidor no referido programa traga-lhe mais prejuízos, devendo, portanto, o município responsável efetuar o pagamento que, por sua culpa exclusiva, deixou de receber o autor.

Reitero, havendo atraso ou mesmo ausência de cadastramento no programa de servidores que tenham como remuneração até dois salários-mínimos, como é o caso dos autos, deve o Município indenizá-los pelos prejuízos decorrentes do não recebimento dos abonos anuais a que têm direito.

“Quanto ao PIS/PASEP, o cadastramento é obrigatório para que o trabalhador possa adquirir direito ao recebimento do fundo ali depositado. Todavia, inexistente prova de que a servidora tenha sido cadastrada no PIS/PASEP, ônus que competia ao apelante voluntário, a teor do art. 333, do CPC. Sua inércia em efetuar a inscrição da apelada no referido programa implica em lesão que gera o direito à indenização substitutiva correspondente às parcelas não recolhidas regularmente, ainda que não tenha ocorrido a implementação do prazo de cinco anos para a aquisição do direito ao fundo depositado. Logo, a sentença, nesse aspecto, também está correta”.⁴

“[...] Os servidores públicos municipais fazem jus à inscrição no PASEP, instituído pela LC nº 08/70, diploma que teve sua constitucionalidade referendada pela CF/88 (art. 239), desde a data de ingresso no serviço público. III - Demonstrada a desídia da municipalidade ao inscrever a destempo, ou seja, em período distinto das respectivas datas de admissão, seus servidores no programa PIS/PASEP, cabe àquele regularizar a situação cadastral, bem como arcar com os valores não percebidos”.⁵

Esta Corte de Justiça já teve, inclusive, a oportunidade de apreciar a questão quando do julgamento da apelação nº 037.2009.004194-0/001, cuja relatoria coube ao Juiz Convocado Ricardo Vital de Almeida, então convocado para substituir o Desembargador Manoel Soares Monteiro.

Transcrevo, por pertinente, parte da ementa:

“AÇÃO DE COBRANÇA - Servidora Pública Municipal - Retenção de salários - Procedência do pedido - Insurreição Municipal voluntária - Súplica pela total reforma do julgado - Comprovação

⁴ TJ-MG 100860601611960011 MG 1.0086.06.016119-6/001(1), Relator: CAETANO LEVI LOPES, Data de Julgamento: 27/01/2009, Data de Publicação: 18/02/2009.

⁵ TJ-MA - AC: 54122009 MA, Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 27/07/2009, COLINAS.

do pagamento dos salários dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2008 - exclusão das verbas - Indenização pela não cadastramento do PIS/PASEP - Devida - Redução do quantum da indenização para 01 (um) salário mínimo - Provimento parcial”.

No mesmo sentido:

“A inscrição no PASEP é direito do servidor público, eis que propicia participação na receita dos órgãos e entidades integrantes da administração pública. -Tendo o Município retardado o cadastramento da servidora, é cabível o ressarcimento do período em que a parte deixou de perceber o abono”.⁶

A seu turno, no que se refere à condenação da Municipalidade ao recolhimento do FGTS, em favor da autora, deve ser mantido, alterando, todavia, o termo inicial do recolhimento, para incidir a partir de 01/06/1998, início do vínculo da autora junto à edilidade, até 18/04/2007, período anterior à transmutação de seu regime jurídico.

Acerca do tema, o Colendo STJ, em sede de julgamento de recursos repetitivos, já assentou o cabimento de tal recolhimento, nos termos da seguinte ementa de julgamento:

“Cinge-se a controvérsia a decidir se há obrigatoriedade de pagamento de FGTS em caso de exoneração de servidor contratado temporariamente sem concurso público. 2. O STF entende que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado” (AI 767.024-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24.4.2012). 3. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 3.8.2009). 4. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001). (STJ - AgRg no REsp 1434719/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, T2, 24/04/2014, DJe 02/05/2014).

⁶ TJPB - Acórdão do processo nº 05520050006133001 - Órgão (2ª Câmara Cível) - Relator Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti - j. em 04/12/2007

Portanto, à luz de tal entendimento, verifica-se que, na presente casuística, não há qualquer razão para o não recolhimento do FGTS relativamente ao período dos serviços prestados pela servidora recorrente.

De outra banda, naquilo que pertine 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).**”⁷

Ante o exposto, **dou parcial provimento parcial ao apelo da autora**, a fim de condenar a Edilidade ao pagamento dos terços de férias vencidos em 2005 e 2006, do 13º salário do ano de 2004, o direito da autora ao recebimento do adicional de insalubridade apenas a partir da entrada em vigor da Lei Municipal nº 3.927/2010, bem como de indenização pela falta de inscrição da autora no PASEP, no equivalente a um salário-mínimo por ano, no período não atingido pela prescrição quinquenal, até a efetiva inscrição, ao passo em que **dou provimento parcial ao recurso oficial e ao apelo do Município**, a fim de determinar o recolhimento do FGTS, em favor da autora, a partir de 01/06/1998 até 18/04/2007, bem como para adequar os juros de mora e a correção monetária aos termos acima delineados.

Honorários advocatícios a cargo da municipalidade no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, conforme art. 85, §3º, I, do CPC.

É como voto.

DECISÃO

A Quarta Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Romero Marcelo da Fonseca

⁷ STJ, AgRg REsp 1086740/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª TURMA, 10/12/2013, 10/02/2014.

Oliveira. Participaram do julgamento o Exmo. Des. João Alves da Silva, o Exmo. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira e o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho.

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

Sala de Sessões da Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 27 de junho de 2016.

João Pessoa, 30 de junho de 2016.

Desembargador João Alves da Silva
Relator