ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0001748-92.2010.815.0141

Relator	**: Des. José Ricardo Porto**
1.º Apelante	**: Maria Alice de Figueiredo**
Advogado	**: Almair Beserra Leite**
2.ª Apelante	**: Município de Catolé do Rocha**
Advogado	**: Evaldo Solano de Andrade Filho**
Apelados	**: Os mesmos**
Remetente	**: Juízo da 1.ª Vara da Comarca de Catolé do Rocha**

APELO DA PROMOVENTE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RECEBIMENTO CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DE NORMA LOCAL REGULAMENTADORA PARA AQUELA CATEGORIA. VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA MAIORIA ABSOLUTA DOS MEMBROS DO TRIBUNAL PARAIBANO EM INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DESPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDANTE.

- *"A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, segundo o qual o gestor só pode fazer o que a lei autoriza. Desse modo, ausente a comprovação da existência de disposição legal do ente ao qual pertençam, assegurando aos Agentes Comunitários de Saúde a percepção do adicional de insalubridade, não há como se determinar o seu pagamento."* (INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 2000622-03.2013.815.0000. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Relator para o acórdão: Des. José Ricardo Porto. Suscitante: Comissão de Divulgação e Jurisprudência. Suscitados: Primeira Câmara Cível, Segunda Câmara Cível e Terceira Câmara Cível. Publicado dia 05/05/2014)

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL DO MUNICÍPIO. COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ADEQUAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. EXCESSO DECOTADO. PLEITO AUTORAL QUE NÃO INCLUIU FÉRIAS E 13.º SALÁRIOS. SERVIDOR QUE INGRESSOU NO SERVIÇO PÚBLICO ORIGINARIAMENTE

SEM CONCURSO. CONTRATO NULO. DIREITO A PERCEPÇÃO DOS DEPÓSITOS DO FGTS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESPROVIMENTO DA SÚPLICA APELATÓRIA E DO RECURSO OFICIAL.

- Se a sentença inclui na condenação verba não pleitada na inicial, deve-se reconhecer o julgamento *ultra petita*, decotando-se o excesso, de modo a ajustar a decisão aos limites do pedido.

- O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de que o servidor público com contrato de trabalho considerado inválido faz jus apenas ao recebimento dos salários referentes aos dias trabalhados e ao depósito do FGTS.

- *"O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público."* (Súmula 466, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010).

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a Primeira Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade**, **NEGAR PROVIMENTO** AOS RECURSOS.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelações Cíveis interpostas respectivamente por **Maria Alice de Figueiredo** e pelo **Município de Catolé do Rocha-PB**, em face de sentença de fls. 153/158, que julgou procedente em parte a reclamação trabalhista, nos seguintes termos:

> *" (...) julgo procedente em parte a pretensão, para, ato contínuo, condenar o Município de Catolé do Rocha a pagar a requerente, qualificada nos autos, os pagamentos referentes a: a) férias dos períodos aquisitivos entre a data da contratação e a data em que finalmente fora efetivada como servidor público municipal, incluindo-se inclusive as verbas proporcionais até a referida data, acrescidas de 1/3 e décimo terceiro salário relativo aos mesmos períodos, salvo os períodos atingidos pela prescrição quinquenal bem como no pagamento da verba relativa ao FGTS não recolhido de todo período porquanto a prescrição de tal verba é trintenária, devendo este incidir também sobre as verbas ora deferidas. Afastando porém o pagamento dos valores relativos à insalubridade e, quanto À correção da data de admissão da promovente, porquanto entender ser a primeira indevida e a segunda ilegal uma vez que até a data da efetivação da servidora, o contrato deve ser considerado nulo não havendo que se falar em data de admissão no serviço público." (fls. 158)*

Nas razões de seu apelo, fls. 159/165, a autora pugna que o promovido seja condenado a implantar o adicional de insalubridade, no percentual de 20% (vinte por cento), bem como para pagar os valores vencidos e vincendos até a data da implantação definitiva.

Por sua vez, o Município demandado, às fls. 168/172, alega nulidade contratual, haja vista a promovente ter ingressado sem concurso público, concluindo pela inexistência de direito ao FGTS; aduz que efetuou o pagamento dos 13.º (décimos terceiros) salários e, ainda, o reconhecimento da prescrição das verbas pleiteadas dos últimos cinco anos anteriores à data da propositura da demanda.

Ao final, requer o provimento do apelo para reformar a sentença com relação ao FGTS e das gratificações natalinas.

Contrarrazões ofertadas pela edilidade às fls. 173/181.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça lançou parecer, sem manifestação de mérito (fls. 193/195).

É o relatório.

VOTO

APELO DA PROMOVENTE

Versa apenas sobre o adicional de insalubridade. A insurgente pleiteia a implantação desse benefício em percentual de 20% (vinte por cento) e a condenação do requerido ao pagamento das verbas insalutíferas vencidas e vincendas.

De acordo com recente julgado da nossa Corte, **a percepção do adicional de insalubridade pelos agentes comunitários de saúde depende de lei local regulamentadora, assegurando expressamente àquela categoria o direito ao seu recebimento.**

Vejamos:

> ***"INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. DIVERGÊNCIAS QUANTO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PELOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DA CORTE ESTADUAL. RECEBIMENTO CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DE NORMA LOCAL REGULAMENTADORA PARA AQUELA CATEGORIA. VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA MAIORIA ABSOLUTA DOS MEMBROS DO TRIBUNAL PARAIBANO. RECONHECIMENTO. EDIÇÃO DE SÚMULA.-*** *Os artigos. 476 a 479, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 294 a 300, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, disciplinam e fundamentam o incidente de uniformização de jurisprudência, o qual objetiva sanar as divergências existentes entre os diversos órgãos fracionários da respectiva Corte. - A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, segundo o qual o*

> *gestor só pode fazer o que a lei autoriza. Desse modo, ausente a comprovação da existência de disposição legal do ente ao qual pertençam, assegurando aos Agentes Comunitários de Saúde a percepção do adicional de insalubridade, não há como se determinar o seu pagamento. - Nos termos do §1º, do art. 294, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça paraibano, ocorrendo julgamento tomado pela maioria absoluta dos membros do Tribunal em incidente de uniformização de jurisprudência, tal deliberação plenária será objeto de súmula. V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDA o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, apreciando o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, por maioria absoluta, confeccionar 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."* (INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 2000622-03.2013.815.0000. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Relator para o acórdão: Des. José Ricardo Porto. Suscitante: Comissão de Divulgação e Jurisprudência. Suscitados: Primeira Câmara Cível, Segunda Câmara Cível e Terceira Câmara Cível. Publicado dia 05/05/2014).

No caso, verifica-se inexistir norma local que conceba o recebimento do adicional de insalubridade pelos Agentes Comunitários de Saúde.

A propósito, ratifico trecho da sentença recorrida:

> *"Contudo, no que se refere ao adicional de insalubridade em si devido ao servidor público submetido a Regime Estatutário, conveniente recordar que o art. 39, §3.º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, não faz menção ao inciso XXIII, do art. 7.º, do mesmo diploma legal, porém, não restou afastado o direito de os servidores públicos receberem adicional de insalubridade, desde que exista Lei Ordinária que assim estabeleça.*
> *Ademais, nos termos do art. 7.º, XXIII, da Constituição, o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas,* ***deverá ser pago na forma da lei.***
> *Como informado nos autos e constatado através de Lei Orgânica Municipal, XVII, §2.º, art. 153, - prevê a gratificação de insalubridade, no que é seguida pelo Estatuto do Servidor Público Municipal (art. 155, II), embora tal previsão é feita apenas latu sensu, porquanto, as referidas leis não estabelecem quais atividades devem ser consideradas insalubres ou seus percentuais.*
> *Como não há previsibilidade em lei municipal quanto ao tipo de atividade ou ao grau que deva ser considerado como insalubre, em tese, a pretensão autoral deve ser afastada."*
> *(...) Finalmente, pondere-se que, na forma da legislação Constitucional, serão definidas em lei própria as atividades insalubres, de modo que não pose o Poder Judiciário substituir o poder Legislativo local, quando é dele a incumbência da regulamentação acerca do direito ora reclamado, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes." (fls. 157/158)*

Dessa forma, no que toca ao pedido da verba insalutífera, creio que a pretensão da autora da demanda não merece acolhida.

RECURSO OFICIAL E APELO DO MUNICÍPIO

Inicialmente, observa-se que a autora pleiteou os seguintes itens, em sua exordial: 1) Regularização dos depósitos fundiários em relação ao período de 01/11/1991 até a mudança de regime jurídico (2008); 2) Implantação do Adicional de Insalubridade; 3) Pagamento do Adicional com relação a verba vencida e vincenda, retroativo a data de admissão; 4) Reflexo do Adicional de Insalubridade sobre FGTS, 13.º salário, Férias + 1/3 do período não prescrito e 6) Anotação da CTPS.

Ao decidir, a magistrado condenou a edilidade ao pagamento de *"férias dos períodos aquisitivos entre a data da contratação e a data em que finalmente fora efetivada como servidora pública municipal, incluindo-se inclusive as verbas proporcionais até a referida data, acrescidas de 1/3 e décimo terceiro salário relativo aos mesmos períodos, salvo os períodos atingidos pela prescrição quinquenal bem como no pagamento da verba relativa ao FGTS não recolhido de todo período porquanto a prescrição de tal verba é trintenária, devendo este incidir também sobre as verbas ora deferidas." (fls. 158)*

Analisando os autos, verifica-se que a promovente não pediu a condenação do município com relação ao adimplemento de férias, com o respectivo terço e da verba natalina, contudo houve disposição quanto a esses itens, ou seja, a decisão encontra-se *ultra petita*.

De acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a sentença ultra petita não merece ser anulada, mas apenas ajustada aos limites do pedido. Vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. DECOTE DO EXCESSO. 1. Caracterizado o provimento ultra petita, não é necessário anular a sentença, basta que seja decotada a parte na qual a decisão se excedeu. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 153754/PE, Rel.: Min. Castro Meira, T-2 – Segunda Turma, D.J.: 04/09/2012)*

Nesse contexto, de ofício, decoto da sentença a parte que determinou o pagamento de férias, do 1/3 e décimo terceiro, eis que não foram objeto da exordial.

<u>Com relação ao FGTS</u>, o Município defende que, tendo o servidor ingressado no serviço público municipal sem concurso público, seria devido apenas o saldo de salário pelos dias trabalhados e não recebidos.

Tal tese vai de encontro a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual firmou orientação no sentido de ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. Vejamos:

> *EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Petição de recurso extraordinário que não aponta o dispositivo*

constitucional que teria sido violado. Precedentes. Servidor público. Ausência de prévio concurso público. Nulidade da contratação. FGTS. Direito aos depósitos para o fundo quando mantido o direito aos salários. Constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/90. Repercussão geral. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de não se admitir recurso extraordinário em cujas razões o recorrente não tenha indicado os dispositivos da Constituição Federal que teriam sido violados. 2. ***O Plenário da Corte, no julgamento do RE nº 596.478/RR, do qual fui Relator para o acórdão, reconheceu a repercussão geral do tema em debate e, no mérito, concluiu pela constitucionalidade do "art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário****". 3. Agravo regimental não provido. (ARE 743134 AgR/PI – Piauí, Rel.: Min. Dias Toffoli, D.J.: 05/08/2014)*

FGTS – CONTRATO DE TRABALHO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NULIDADE DECLARADA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – PRECEDENTE. ***O Tribunal reconheceu o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS quanto aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a Administração Pública declarado nulo em razão da inobservância da regra constitucional a revelar a necessidade de prévia aprovação em concurso público****. Precedente: Recurso Extraordinário nº 596.478/RR, redator do acórdão ministro Dias Toffoli, Plenário. Ressalva de entendimento pessoal. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (RE 831574 AgR/MG – Minas Ferais), Rel.: Min. Marco Aurélio, D.J.: 21/10/2014)*

Seguindo esse entendimento, a Colenda 1ª Câmara Cível desta Corte de Justiça já vinha firmando posicionamento no sentido de que, mesmo reconhecido como nulo o vínculo com a administração, faz *jus* o servidor aos valores referentes ao Fundo de Garantia. Vejamos alguns precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATO TEMPORÁRIO. Continuidade da prestação do serviço após o término do contrato. Não realização de concurso público. Contrato nulo por afronta ao artigo 37, II, c. F. Depósito do FGTS devido. Inteligência do art. 19-a da Lei nº 8.036-90. Férias, terço constitucional e 13º salários devidos. Impossibilidade de enriquecimento sem causa. Reforma da sentença. Procedência em parte. Provimento parcial. 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 nº 8.036-90). ***Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice***

no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (Enunciado nº 363 TST, revisado pela ra nº 121/03, DJ 19.11.03, republicado DJ 25.11.03). Faz jus o apelante aos valores referentes ao FGTS que não foram depositados em sua conta vinculada, durante todo o período laborado. *Ainda, aos valores referentes ao pagamento das parcelas salariais basilares, tais como a remuneração pelos dias de serviço prestado, férias, o terço constitucional e décimo terceiro salários, assim como seus proporcionais, tudo para evitar o enriquecimento sem causa do município, que se beneficiou com o trabalho do recorrente.* [1] *(grifou-se)*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATO TEMPORÁRIO. Continuidade da prestação do serviço após o término do contrato. Não realização de concurso público. Contrato nulo por afronta ao artigo 37, II, c. F. Depósito do FGTS devido. Inteligência do art. 19-a da Lei nº 8.036-90. Manutenção da sentença. Desprovimento do apelo. 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 nº 8.03690). Contrato nulo. Efeitos. ***A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.*** *(Enunciado nº 363 TST, revisado pela ra nº 121/03, DJ 19.11.03, republicado DJ 25.11.03).* [2] *(grifou-se)*

APELAÇÃO CÍVEL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. COBRANÇA DE FGTS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. ***Contratação temporária com expressa submissão ao regime celetista (Lei Municipal nº 4.208/04). Possibilidade. Transmudação de regime celetista em estatutário. Pagamento devido apenas no período que vigorava o regime celetista. Provimento parcial do recurso. Sabe-se que o estabelecimento do regime jurídico trabalhista entre as partes depende de expressa previsão legal autorizativa. Assim, restando demonstrado que a relação entre as partes era de cunho celetista, são devidos os pagamentos de FGTS e multa rescisória.*** *Com a transmudação do regime celetista em estatutário, impõe-se afirmar que os agentes comunitários de saúde só receberão as verbas correspondentes ao período em que vigorou o regime celetista e não atingido pela prescrição, ou seja, entre 27 de agosto de 2004 a 27 de dezembro de 2007.*[3] *(grifou-se)*

---

[1]TJPB; AC 200.2011.009.234-9/001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Manoel Soares Monteiro; DJPB 28/02/2012; Pág. 12.

[2]TJPB; AC 200.2010.003699-1/001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. José Di Lorenzo Serpa; DJPB 14/12/2011; Pág. 6.

Cito, também, por relevante, o Enunciado nº 466 do Superior Tribunal de Justiça:

> ***"O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público".***

Nesse contexto, dúvidas não pairam de que a promovente, em razão da precariedade de seu vínculo original com a administração municipal, **faz *jus* aos depósitos fundiários relativos ao período efetivamente trabalhado, conforme decisão *a quo*.**

Diante dessas considerações **ANULO,** em parte, a sentença proferida nestes autos, excluindo do decisório a condenação ao pagamento das férias acrescidos do terço constitucional e dos décimos terceiros salários, uma vez que não foi objeto da exordial. Ademais, **DESPROVEJO AS SÚPLICAS APELATÓRIAS E O RECURSO OFICIAL, mantendo a sentença guerreada nos demais termos.**

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos. Participaram do julgamento, além do relator, Excelentíssimo Desembargador José Ricardo Porto, o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos e a Excelentíssima Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti.

Presente à sessão à douta representante do Ministério Público, Dra. Vasti Cléa Marinho Costa Lopes, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível "Desembargador Mário Moacyr Porto" do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 06 de setembro de 2016.

Des. José Ricardo Porto
RELATOR

J13/J04

[3] TJPB; AC 001.2010.023857-3/001; Terceira Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Tércio Chaves de Moura; DJPB 15/12/2011; Pág. 11.