



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

A C Ó R D ã O

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL n.º 0000238-68.2011.815.0251

RELATOR : Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
APELANTE : Gilbervania da Silva Rodrigues
ADVOGADO : Marcos Antonio Inacio da Silva
APELADO : Município de Patos
ADVOGADO : Antonio Carlos de Lira Campos
REMETENTE : Juiz de direito da 4ª Vara da Comarca de Patos

CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO –

Remessa oficial e Apelação cível – Reclamação trabalhista – Agente comunitário de saúde – Regime jurídico estatutário – Pretensão ao adicional de insalubridade – Ausência de previsão constitucional – Princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Existência – Lei nº 3927/2010 – Pagamento devido a partir da entrada em vigor da lei de regência.

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

– A concessão do adicional de insalubridade foi regulamentado pelo Município de Patos com a publicação da Lei nº 3927/2010, sendo devido a partir da data

em que entrou em vigor, 01 de fevereiro de 2011.

CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO – Remessa oficial e Apelação cível – Reclamação trabalhista – Agente comunitário de saúde – Pretensão ao décimo terceiro salário, férias, e respectivo terço constitucional – Pleitos sociais – Inteligência do art. 39, § 3º da CF – Pagamento – Fato extintivo do direito do autor – Ônus do réu (art. 333, II, do CPC) – Comprovação quanto ao pagamento do 13º salário referente ao ano de 2005 – Verbas devidas quanto aos períodos não pagos.

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

– Restando demonstrado através das fichas financeiras acostadas aos autos o pagamento do décimo terceiro salário do ano de 2005, é de se reformar a sentença “a quo” neste ponto, afastando a condenação.

– Mantem-se a condenação quanto às verbas não adimplidas, pois “*probare oportet, non sufficit dicere*”.

CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO – Remessa oficial e Apelação cível – Reclamação trabalhista – Agente comunitário de saúde – Pretensão a indenização compensatória pelo não recolhimento do PASEP – Inteligência do art. 239, § 3º, da Constituição Federal c/c Lei 7.859/89 – Indenização devida – Sucumbência recíproca – Compensação das custas e dos honorários – Art. 21, “*caput*”, do CPC – Provimento parcial.

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

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

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

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, dar provimento parcial aos recursos, nos termos do voto do relator e de súmula de julgamento de fl. 272.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Oficial e Apelação Cível (fls.247/254) interposta por **GILBERVANIA DA SILVA RODRIGUES** em face de sentença prolatada pela MM. Juiz de Direito da 4ª vara da Comarca de Patos, que julgou parcialmente procedente os pleitos exordiais da reclamação trabalhista movida em face do **MUNICÍPIO DE PATOS**.

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

Em apertada síntese, aduziu que em 01 de dezembro de 1995 fora aprovada em processo seletivo para o cargo de agente comunitário de saúde conforme preceitua o §4º do art. 198 da Constituição Federal c/c com a Lei n.º11.350/2006, e que se manteve contínua e habitualmente, devido às peculiaridades da sua função, exposta a toda gama de agentes agressores de saúde.

Pleiteou a assinatura e baixa de sua CTPS, observando a data da sua admissão (01/12/1995) e a data da instituição do regime jurídico, com os devidos recolhimentos previdenciários; depósito do FGTS; pagamento de férias acrescidas do terço constitucional, de forma dobrada, integral e proporcional, observada a prescrição quinquenal;

pagamento do décimo terceiro salário, observada a prescrição quinquenal; indenização pelo não cadastramento e não recolhimento do PIS; pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o salário base do autor, bem como, a incidência dos seus reflexos sobre todas as verbas trabalhistas.

Documentos às fls. 08/37.

Regularmente citado para audiência una (fl.38), o demandado ofereceu contestação (fls. 42/52) aduzindo em sede de preliminar, a incompetência material da Justiça do Trabalho em virtude do vínculo jurídico-administrativo existente entre a autora e o Município demandado; a preliminar de incompetência da Justiça Laboral referente aos pedidos anteriores a Lei 3.562/2007; e a ilegitimidade do Município para os requerimentos anteriores a Lei 3.562/2007. No mérito requereu a improcedência dos pedidos

Fora realizada perícia conforme laudo técnico pericial anexado às fls.105/114, concluindo que a atividade desempenhada pela autora é insalubre em grau médio, ou seja, 20% (vinte por cento) de insalubridade.

Em sentença exarada às fls. 137/144, a MM. Juíza do Trabalho de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução do mérito quanto aos direitos posteriores à edição da Lei Municipal n.º3.562/2007, em razão da incompetência material da Justiça do Trabalho, e julgou procedente em parte os pedidos formulados na inicial.

Entrementes, em grau de recurso (fls.183/189), o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região anulou a decisão proferida, reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho e remeteu o caderno processual para o processamento na Justiça Comum.

Distribuído os autos para 4ª vara da Comarca de Patos, o MM. Juiz “a quo” prolatou sentença às fls. 237/244, julgando parcialmente procedente os pedidos deduzidos na inicial, nos seguintes termos, (fl.243/244):

“Ante o exposto:

- a) julgo prejudicada a preliminar de incompetência material, nos termos da fundamentação supra;*
- b) rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, nos termos da fundamentação supra;*
- c) de ofício, extingo sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, os pleitos seguintes: assinatura e baixa na CTPS; b) depósito de FGTS; c) pagamento de férias dobrada; d) indenização*

compensatória pelo não-cadastramento e não-recolhimento do PIS; f) incidência de adicional de insalubridade em FGTS e PIS; g) liberação de FGTS; h) tudo nos moldes da fundamentação supra;

*d) julgo **improcedentes** o pedido de férias proporcionais e integrais, bem como o pedido de adicional de insalubridade e reflexos em férias+1/3 e 13º salários, nos moldes da fundamentação supra;*

*e) julgo **parcialmente procedente** o pedido de 1/3 de férias e de 13º salário para condenar o município demandado a pagar a parte autora **um terço de férias dos anos de 2004, 2005 e 2006 e 13º salário dos anos de 2004, 2005 e 2006**, observada a prescrição quinquenal.*

Quanto aos honorários advocatícios, observo que demandado decaiu de parte mínima do pedido, por isso cabe à parte autora exclusivamente o ônus da sucumbência – pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios -, estes fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação (parágrafo único, art. 21 c/c §3º art. 20 do CPC) e, ainda, em homenagem ao princípio da causalidade; ficando, contudo, o pagamento das despesas processuais condicionado aos termos do art. 12 da Lei n. 1060/1950, na medida que a parte autora é beneficiária da gratuidade processual.

A liquidação da sentença dar-se-á por meros cálculos aritméticos, observando-se, quanto à atualização dos valores, o quanto restou assinalado na fundamentação [...]”

Inconformada com a r. sentença a parte autora interpôs recurso de apelação, fls. 247/254, requerendo, em síntese, que o ente público seja condenado a incorporar a seu contracheque a parcela referente ao adicional de insalubridade em grau médio, bem como, as parcelas referentes ao 13º (décimo terceiro) salário, férias acrescidas de 1/3 (um terço) e demais reflexos, como também, indenização pelo não recolhimento do PIS/PASEP, que nunca foram pagas.

Devidamente intimado, fl.260, o Município de Patos não ofertou contrarrazões, conforme certidão de fl. 261.

Feito não remetido ao Ministério Público, em razão do não preenchimento das hipóteses elencadas no art. 82, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

V O T O

Atendidos os pressupostos de admissibilidade conheço do recurso voluntário, bem como, do reexame necessário, passando a análise conjunta dos recursos.

Como visto, o Magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente os pedidos da autora, ora apelante, condenando o Município de Patos, apenas, ao pagamento do terço de férias dos anos de 2004, 2005 e 2006 e ao décimo terceiro salário referentes aos anos 2004, 2005 e 2006, observada a prescrição quinquenal.

Pois bem. A controvérsia dos presentes autos cinge-se em saber se a autora, servidora pública ocupante do cargo de agente comunitária de saúde, tem direito ao recebimento do adicional de insalubridade, décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional do período laborado, bem como, da indenização pelo não cadastramento e recolhimento do PIS/PASEP.

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

- Do adicional de insalubridade

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

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

Do cotejo com o art. 7º, próprio do texto constitucional¹, operação necessária pela remissão determinada no preceito

¹ “**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

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

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

Assim, não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos perceberem adicional de insalubridade, ou seja, não estabelecendo ela qualquer critério ou regra para o pagamento do citado adicional, esta possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que está previsto no “*caput*” do art. 37 da CF/88².

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.

remuneração variável; **VIII** - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; **IX** - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; **X** - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; **XI** - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; **XII** - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; **XIII** - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; **XIV** - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; **XV** - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; **XVI** - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; **XVII** - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; **XVIII** - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; **XIX** - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; **XX** - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; **XXI** - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; **XXII** - redução dos riscos inerentes ao 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.”.

² “**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:”.

Nesse sentido, consoante **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, “na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”³.

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 da autora 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/SP⁴:

“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)

³ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

⁴ 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

Supremo Tribunal Federal:

No mesmo sentido, eis outro julgado do

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO LOCAL E FATOS E PROVAS. VERBETES 279 E 280-STF. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. 1. Questão dirimida no Tribunal de origem à luz do conjunto fático-probatório e de normas de direito local. Incidência dos óbices dos Verbetes ns. 279 e 280 da Súmula do STF. 2. Adicional de insalubridade necessidade de previsão legal para sua concessão. Agravo regimental não provido.”⁵ (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.”⁶ (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 aprovada a seguinte súmula:

“O pagamento do adicional de insalubridade

⁵ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

⁶ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer”.

Pois bem. No Município de Patos, a Lei nº 3.927/2010, que entrou em vigor em 01 de fevereiro de 2011, prevê o pagamento do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde, nos seguintes termos, “*in verbis*”:

“Art.1º – Fica o Prefeito Municipal autorizado a conceder adicional de insalubridade aos Agentes Comunitários de Saúde do município de Patos no valor de R\$108,00 (cento e oito reais).

Parágrafo único – O referido valor é baseado em laudo pericial realizado junto aos Agentes Comunitários de Saúde por um médico do trabalho que concluiu pela caracterização da insalubridade no grau médio.

Art.2º– A estimativa do impacto orçamentário-financeiro decorrente da adoção das medidas previstas nesta lei, bem como, a declaração de adequação orçamentária e financeira estão contidas nos Anexos I e II, consoante determinação insita no art. 16 da Lei Complementar n.º 101/00.

Art. 3º– Fica o Prefeito Municipal autorizado a realizar as modificações oriundas do referido projeto de lei na LDO e PPA vigentes promovendo à compatibilização da ação ora proposta.

Art. 4º – Esta lei entra em vigor no dia 01 de fevereiro de 2011.”. (Grifei).

Dá análise da legislação supratranscrita, tem-se que a concessão do adicional em questão foi suficientemente regulamentado pela edilidade promovida, fazendo jus a autora no valor de R\$108,00 (cento e oito reais) a partir da entrada em vigor da Lei 3.927/2010.

Nesse ínterim, merece reforma a sentença que indeferiu o pedido de adicional de insalubridade, sendo devido o pagamento pelo Município da referida verba a partir de 01 de fevereiro de 2011, data da entrada em vigor da Lei nº 3.927/2010, bem como, do seu reflexo sobre as férias acrescidas de terço constitucional e décimo terceiro salário.

- Do décimo terceiro salário e das férias acrescidas do terço constitucional:

Pelos serviços prestados faz jus o trabalhador não apenas ao seu salário, mas a outros direitos sociais

constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral, tanto sob o regime celetista, quanto nas relações com a Administração Pública.

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

Corroborando, decisão deste Sinédrio:

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

- É direito líquido e certo de todo servidor público, ativo ou inativo, perceber seu salário pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada.

- **O ente público que, arbitrariamente, deixa de pagar os salários dos seus servidores, incluindo o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, é obrigado a fazê-lo, evitando prejuízos irreparáveis àqueles, por se tratar de verba de natureza alimentar.**

- É ônus do ente público comprovar que pagou a verba salarial ao seu servidor, devendo ser afastada a supremacia do interesse público, pois não se pode transferir o ônus de produzir prova negativa a apelada, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.

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

Assim, sendo tais verbas devidas à servidora, conforme estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil⁷, incumbe a ela o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Da análise percuciente dos autos verifica-se que a autora se desincumbiu do seu ônus demonstrando o seu vínculo com o Município através da colação dos documentos de fls.13/14 (Portaria/GP/Nº 2394/2007; certidão de tempo de serviço).

⁷ 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.

O Município de Patos, por sua vez, visando afastar tais cobranças, acostou aos autos as fichas financeiras da Secretaria Municipal de Saúde (fls.74/94), comprovando o pagamento à demandante das verbas referentes ao décimo terceiro salário dos anos de 2005 (fl.86) e 2007 (fl.90), e das referentes ao terço de férias do período aquisitivo 2007/2008 (fl.93), e 2008/2009 (fl.94).

Observa-se ainda que a demandante em audiência realizada em 20 de maio de 2009 (fl.39) consignou em seu depoimento pessoal: *“que usufrui férias anualmente; que recebeu 13º nos últimos 02 anos; que passou a receber 1/3 sobre férias a partir de 2007”*.

Assim, a sentença objurgada merece reparo apenas para que seja excluída da condenação o pagamento do décimo terceiro salário referente ao ano de 2005, uma vez que comprovado o seu pagamento pela edicidade ré.

Mantendo-se, entretanto, a condenação do município demandado ao pagamento do terço de férias referente aos anos de 2004, 2005 e 2006 e ao décimo terceiro salário dos anos de 2004 e 2006, observada a prescrição quinquenal.

- Da indenização compensatória pelo não recolhimento do PASEP

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

O art. 239 da Constituição Federal assim dispõe:

"Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento)

[...]

§ 3º - Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo

anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição."

Assim, sendo a autora servidora pública municipal deveria o Município tê-la inscrito no programa, bem como recolher as contribuições devidas, o que torna indene sua legitimidade para responder pelo PASEP da requerente.

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

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

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

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

Em casos análogos esta Câmara vem decidindo neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE MUNICÍPIO DE PATOS. VANTAGEM INSTITUÍDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 3.927/2010. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. PAGAMENTO DEVIDO COM REFLEXOS NO TERÇO DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO. INDENIZAÇÃO DO PIS/PASEP. PAGAMENTO DEVIDO. FÉRIAS. NÃO DEVIDAS.

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

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

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

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

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

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

- Como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária, os juros moratórios e correção monetária das verbas reconhecidas devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência. Já o período anterior deve observar a redação antiga. - Havendo sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, na medida da derrota de

cada parte, conforme o disposto no caput do art. 21 do CPC.

(TJPB; ROAC 0002532-59.2012.815.0251; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 21/05/2014). (Grifei).

- Das custas e honorários advocatícios

No tocante à sucumbência, verifica-se que das pretensões da autora, ora recorrente, apenas a metade de seus pedidos foram concedidos, razão pela qual deve ela arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, ressalvando-se, outrossim, o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50⁸.

Em relação à Fazenda Pública, sabe-se que a Lei Estadual 5.672, de 17 de novembro de 1992, que dispõe sobre o Regimento de custas judiciais e emolumentos extrajudiciais, e dá outras providências, prescreve, em seu artigo 29:

Art. 29 - A Fazenda Pública, vencida, não está sujeita ao pagamento de custas, mas fica obrigada a ressarcir o valor das despesas feitas pela parte vencedora.

Dessa forma, não se encontra a Fazenda sujeita, quando vencida, ao pagamento de custas, ficando, apenas, obrigada a ressarcir o valor das despesas feitas pela parte vencedora.

Quanto aos honorários advocatícios, como houve **sucumbência recíproca**, uma vez que apenas a metade dos pedidos da promovente/recorrente fora concedida, deve, pois, incidir a regra do artigo 21 do CPC⁹, impondo-se a **compensação de honorários**.

DISPOSITIVO

Por tais razões, **dá-se provimento parcial à remessa necessária e à apelação cível**, para alterar a sentença, condenando o Município promovido ao pagamento do adicional de insalubridade no valor de R\$108,00 (cento e oito reais), apenas, a partir de 01 de fevereiro de 2011, data em que entrou em vigor a Lei 3.927/2010; bem como, ao pagamento da indenização referente ao PASEP, observando-se a prescrição quinquenal. Exclui-se da condenação o pagamento do décimo

⁸ Art. 12. A parte beneficiada pelo isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

⁹ Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

terceiro salário referente ao ano de 2005, mantendo a sentença em seus demais termos.

Custas e honorários advocatícios na forma retro determinada.

Presidiu a Sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento o Exmo. Dr. Aluízio Bezerra Filho, Juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. José Ferreira Ramos Júnior, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira.

Presente ao julgamento a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 29 de julho de 2014.

Aluízio Bezerra Filho
Juiz de Direito Convocado - Relator