



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

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL nº 0000614-56.2013.815.0551

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
APELANTE :Município de Remígio
ADVOGADO :João Barboza Meira Júnior
APELADO :Josefa Gomes da Silva
ADVOGADO :Décio Geovanio da Silva
REMETENTE :Juízo de Direito da Comarca de Remígio

CONSTITUCIONAL e
ADMINISTRATIVO - Remessa necessária e Apelação cível – Ação de cobrança c/c obrigação de fazer – Servidor público municipal – Gari - Regime jurídico estatutário - Pretensão ao adicional de insalubridade – Direitos Sociais – Art. 7º c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Ausência de previsão constitucional – Princípio da legalidade – Art. 37, “*caput*”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Existência - Não comprovação - Pagamento - Impossibilidade – Reforma da sentença quanto a este ponto – Adicional por tempo de serviço - Implantação e pagamento retroativo - Intelicção do 57 da Lei Municipal nº 449/93 - Ausência de prova do pagamento - Ônus do promovido – Art. 333, II, do CPC – Verba assegurada - Manutenção do *decisum* – Sucumbência recíproca - Provimento parcial.

– “*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.“ (art. 39, §3º., CF/88).

– Não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos civis perceberem adicional de insalubridade, essa possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que está previsto no “caput” do art. 37 da CF/88, segundo o qual, 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.

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

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

- O réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas, sim, comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

- *“Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.”* (art. 86, “caput”, NCPC)

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

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação unânime, dar provimento parcial ao reexame necessário e à apelação cível, nos termos do voto do relator e da súmula do julgamento de fl. retro.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de apelação cível interposta pelo **MUNICÍPIO DE REMÍGIO**, objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Remígio que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança, sob o nº 0000614-56.2013.815.0551, ajuizada por **JOSEFA GOMES DA SILVA** em desfavor do ora recorrente, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na exordial, para condenar o promovido a implantar no contracheque da autora adicional de insalubridade no percentual de 40% (quarenta por cento), bem como a pagar os valores retroativos. Ademais, condenou o ora apelante na obrigação de implantar o adicional por tempo de serviço no percentual de 1% (um por cento) por ano efetivamente trabalhado, e a pagar a diferença referente aos anuênios, desde março de 2008.

Em suas razões recursais, o apelante alega que não há necessidade de pagamento de adicional de insalubridade à autora, eis que a utilização de equipamentos apropriados na coleta de lixo elimina e neutraliza a insalubridade.

Contrarrazões às fls. 90/93.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fls. 100/102).

É o relatório.

V O T O

“*Prima facie*”, ressalvo que conheço deste processo também como reexame necessário, uma vez que, sendo ilíquida a sentença primeva, faz-se mister a aplicação da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

“Súmula 490: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito

controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.” (Grifei).

Atendidos os requisitos de admissibilidade recursal, passo a analisar, conjuntamente, o reexame necessário e o recurso de apelação, apreciando, em separado, as verbas pleiteadas.

“*Ab initio*”, faz-se necessário registrar que, consoante se extrai dos documentos juntados aos autos, a ora apelada é servidora da edilidade recorrida, ocupante do cargo público de gari, com submissão ao regime estatutário.

Pois bem. 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 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

anterior, constata-se que o rol de direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos não alberga o título de adicional de insalubridade (inciso XXIII). Quer dizer, é patente que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inc. XXIII do art. 7º da Constituição Federal.

No caso em comento, busca o apelado, como se vê, via manejo analógico, emprestar-se a pedido claramente estatutário efeitos peculiares da legislação reitora do vínculo de emprego privado (art. 192, CLT²).

Ocorre que não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos perceberem adicional de insalubridade, ou seja, não estabelecendo ela qualquer critério ou regra para o pagamento do citado adicional, esta possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que encontra-se previsto no “caput” do art. 37 da CF/88³.

Deixa transparecer esse princípio que, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

Nesse sentido, ensina **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**⁴:

“na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei

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. 192** - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.”.

³ “**Art. 37**. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

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

(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”.

MORAES⁵:

No mesmo tom, elucida **ALEXANDRE DE**

*“O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o **administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei** e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois **na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, em que será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba**. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.*

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que, apesar do desprestígio da lei, “o princípio da legalidade subsiste e é a cúpula do sistema jurídico dos Estados de derivação liberal, como o Brasil.”.

Por tal fundamento, e considerando que não é dado ao intérprete alargar o âmbito de hermenêutica constitucional de enunciado normativo, sob pena de importar em visível afronta a decisão do constituinte, o acolhimento do intento do autor dependeria de lei específica local, regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual, cuja existência não comprovou a recorrida, embora sobre seus ombros recaísse o ônus respectivo.

A autora restringiu-se a acostar ao caderno processual a Lei n. 449/93 que, em seu art. 58, preleciona que *“os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento de cargo efetivo”*. Ou seja, apenas juntou lei municipal que necessita de outra lei que regule o direito ali previsto, momento em que poderá ele vir a ser exercitado.

⁵ In “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 1ª. edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002, pág. 781.

Ademais, da análise dos autos, o que se verifica é que a municipalidade, por mera liberalidade, vem pagamento a verba em discussão à autora no percentual de 10% (dez por cento), conforme contracheques juntados aos autos (fls. 05/26).

Assim, não havendo comprovação nos autos de que haja lei municipal assegurando à recorrida a percepção do dito adicional no percentual de 40% (quarenta por cento), não há como albergar a pretensão manejada.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP⁶:

“Para o desate específico do presente caso, o que há de prevalecer é que o art. 192 da CLT e o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição não podem ser invocados para reger as relações estatutárias.

(...)

A Constituição da República não estabelece qualquer critério ou regra para o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis. Aliás, na Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição não há qualquer menção ao pagamento de adicional em razão do exercício de atividades insalubres e o art. 39, § 3º, não inclui no rol de direitos aplicáveis aos servidores públicos civis o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República.” (Grifei)

E conclui:

“Não há, portanto, parâmetro expresso na Constituição da República para determinar a base de cálculo do adicional de insalubridade dos recorrentes, o que haverá de constar de lei.” (Grifei)

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

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO LOCAL E FATOS E PROVAS. VERBETES 279 E 280-STF. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. 1. Questão dirimida no Tribunal de origem à luz do conjunto fático-probatório e de normas de direito local.

⁶ 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

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.”⁷ (Grifei)

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

“REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AGENTE DE LIMPEZA URBANA (GARI). RETENÇÃO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL EM PRIMEIRO GRAU. IRRESIGNAÇÃO DO PROMOVENTE. DÉCIMOS TERCEIROS SALÁRIOS. QUITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. PAGAMENTO DEVIDO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA POR LEI MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DO RESPECTIVO ENTE FEDERATIVO. ENTENDIMENTO SEDIMENTANDO NO ÂMBITO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL. AUTOR QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. REFORMA DO DECISUM. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA OFICIAL E DA APELAÇÃO. - Tratando-se de ação de cobrança de remuneração intentada por servidor público, opera a inversão do onus probandi, cabendo à Administração Pública colacionar documentos hábeis capazes de modificar ou extinguir o direito da parte autora em receber as quantias pleiteadas na exordial. - A gratificação natalina é direito constitucionalmente assegurado, sendo vedada sua retenção, porquanto não tendo o município demonstrado o efetivo pagamento das referidas verbas, o adimplemento é medida que se impõe. - Os honorários advocatícios devem ser imputados unicamente à parte vencida no caso de a parte vencedora ter decaído de parte mínima do seu pedido, conforme determinação expressa do parágrafo único, do art. 86, do Código de Processo Civil. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001310520148150191, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO, j. em 17-05-2016)” (grifei)

E:

“AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE COBRANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE LIMPEZA URBANA (GARI). DÉCIMOS TERCEIROS, FÉRIAS + TERÇO CONSTITUCIONAL E

⁷ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

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. RECURSO DESPROVIDO. - 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. (...)

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001423420148150191, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA, j. em 19-04-2016)” (grifei)

Mais:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR INÉPCIA DA EXORDIAL. INICIAL QUE NÃO INCORREU EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 295, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS DE I A IV, DO CPC/1973. INDICAÇÃO DOS FATOS E FUNDAMENTOS DO PEDIDO. INÉPCIA AFASTADA. REFORMA DA SENTENÇA. JULGAMENTO DA LIDE POR ESSE TRIBUNAL. MÉRITO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. GARI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA Nº 42 DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL REGULADORA. PAGAMENTO INDEVIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORA. APLICAÇÃO DO ART. 932, IV, “a”, DO NOVO CPC. DESPROVIMENTO. - A inicial não será inepta quando devidamente indicados os fatos e fundamentos do pedido, conforme determina o art. 282 do Código de Processo Civil/1973, de modo a permitir a compreensão da causa de pedir e dos pedidos, viabilizando o exercício do contraditório e a ampla defesa, não se exigindo uma descrição pormenorizada

dos fatos e fundamentos. - O adicional de insalubridade só é devido a servidor público submetido a vínculo estatutário ou temporário se houver previsão em lei específica editada pelo respectivo ente federado. Súmula nº 42 deste Tribunal de Justiça.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005952020058150781, - Não possui -, Relator DES LEANDRO DOS SANTOS, j. em 08-04-2016)” (grifei)

Ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL 1. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. INGRESSO MEDIANTE CONTRATO TEMPORÁRIO. POSTERIOR TRANSMUDAÇÃO EM REGIME ESTATUTÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO ANTERIOR NO GRAU MÍNIMO E ATUAL NO NÍVEL MÉDIO. COBRANÇA DE DIFERENÇA DOS PERÍODOS PRETÉRITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE SEMPRE LABOROU EM CONDIÇÃO INSALUTÍFERA NO PATAMAR PRETENDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DO RECURSO. - A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, segundo o qual o gestor só pode fazer o que a lei autoriza. Desse modo, inexistindo disposição legal no período em que o autor requer a diferença do percentual do grau de insalubridade pretendido, não há como se determinar o pagamento. Precedentes do Tribunal de Justiça da Paraíba. A verificação pelo ente municipal em determinado período de tempo, de que a autora realiza atividades insalubres que justificam o pagamento do adicional respectivo em grau médio, não comprova, por si só, que estas específicas atividades foram desempenhadas anteriormente, e desde a nomeação das servidoras, o que impossibilita o pagamento retroativo do adicional neste patamar. TJ/PB. AC nº 001.2009.020371-0/001. Rel. Dra. Maria das Graças Morais Guedes, Juíza de Direito convocada para substituir a Desa Maria de Fátima Bezerra Cavalcanti. J. Em 01/03/2011.

(...)

TJPB - Acórdão do processo nº 00120100277522001 - Órgão (1 CAMARA CIVEL) - Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO - j. Em 09/10/2012

E:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE QUE

EXERCE ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE IMPEDE O PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. A ausência de lei específica definindo os graus e os percentuais do adicional de insalubridade desobriga o Município do pagamento. Em que pese o Poder Judiciário enxergar na atividade exercida pelo recorrente uma aparente atividade insalubre, não pode, através de uma ação ordinária de cobrança, suprir lacunas normativas e atuar como anômalo legislador, só podendo corrigir a omissão inconstitucional se ajuizado o procedimento correto, qual seja, se interposto o mandado de injunção. TJPB - Acórdão do processo nº 07520110042514001 - Órgão (1ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DES. LEANDRO DOS SANTOS - j. Em 23/04/2013.” (Grifei)

Outrossim, cabe ressaltar que não é dado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, criar, aumentar ou estender vantagem a servidores públicos, eis que acabaria por onerar os cofres públicos com uma despesa que não possui dotação orçamentária.

Destarte, essa conjuntura não deixa espaço para outro caminho senão o da improcedência do pedido em foco, eis que inexistente base legal para a concessão do adicional de insalubridade para os garis do Município de Remígio.

Por outro lado, a sentença deve ser mantida no que concerne ao adicional por tempo de serviço.

Compulsando os autos, verifica-se que o adicional por tempo de serviço foi estabelecido pelo art. 57 da Lei Municipal nº 449/93, “in verbis”:

*“Art. 57. O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento.
Parágrafo único – O servidor fará jus ao adicional a partir do mês em que completar o anuênio”*

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

Da análise do caderno processual, constata-se, de fato, pelos contracheques colacionados aos autos, que a

promovente não recebeu os valores a que fazia “jus”, conforme percentuais determinados no dispositivo supratranscrito.

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

O processualista **NELSON NERY JÚNIOR** é incisivo ao dispor que o réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas, sim, comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, nos termos do que preleciona o inciso II do art. 333 do CPC/73. Veja-se:

“II: 9. Ônus de provar do réu. Quando o réu se manifesta (...) O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as consequências que pretende.”⁸

Sobre o assunto, este Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECES-SÁRIO. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. COBRANÇA DE QUINQUÊNIOS. PREVISÃO LEGAL. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. - Como é cediço, os Municípios possuem competência constitucionalmente garantida para fixar e alterar a remuneração de seus servidores, bem como organizar o quadro e a carreira de seus órgãos, consoante o disposto no art. 39 da Carta Magna, observando as regras hierarquicamente superiores, como as Constituições Estadual e Federal. - No que interessa à espécie, da análise da Lei Orgânica do Município de Guarabira, datada de 5 de abril de 1990, infere-se que o adicional por tempo de serviço restou devidamente garantido aos servidores públicos municipais, conforme preleciona o art. 51, inciso XVI, da referida lei, sendo devido o seu pagamento, conforme decidido. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00060950920148150181, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, j. em 26-04-2016)”

Mais:

⁸ Nelson Nery Júnior. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. e ampl., p. 836 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

“CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO - Remessa necessária e apelação cível - Ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer - Servidor público municipal - Adicional por tempo de serviço Implantação e pagamento retroativo - Intelicção do inciso XVI do art. 51 da Lei Orgânica do Município - Inexistência de prova do pagamento - Ônus do promovido (art. 333, II, do CPC) - Procedência do pedido - Manutenção da sentença - Precedentes desta Corte - Artigo 557, "caput", do CPC - Seguimento negado. - O direito ao adicional por tempo de serviço público é de natureza eminentemente administrativa e sua concessão subordina-se apenas à existência de previsão legal. - O réu não deve apenas formular meras alegações em sua defesa, mas, sim, comprovar suas assertivas, diante do ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor, nos termos do que preleciona o inciso II do art. 333 do CPC. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009097320128150181, - Não possui -, Relator Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, j. em 17-02-2014)”

Desse modo, não merece reforma a sentença quanto a esse ponto, devendo a edilidade providenciar o adimplemento da verba em discussão, sob pena de locupletamento indevido.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **dá-se provimento parcial** ao reexame necessário e à apelação cível, para, reformando em parte a sentença guerreada, extirpar a condenação do Município à implantação do adicional de insalubridade e ao pagamento dos valores retroativos respectivos, mas mantendo as demais determinações.

Na hipótese, tendo em vista a nova solução dada à demanda, e em face da ocorrência de sucumbência recíproca, conforme o art. 86 do NCPC (art. 21 do CPC/73), deve a autora arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, ressalvado-se, entretanto, o disposto no art. 98, § 3º, NCPC (art. 12 da Lei 1.060/50). Isenta a Fazenda Municipal do pagamento das custas processuais (art. 29 da Lei Estadual nº 5.672/1992). Quanto aos honorários advocatícios, que fixo em 15% (por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do inciso I do § 3º do art. 85 do NCPC, deve incidir, de igual maneira, a regra do art. 86, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos litigantes.

Como a condenação imposta ao Município de Remígio não é de natureza tributária, para o período anterior a 29.06.2009, data em que a Lei nº 11.960/2009 entrou em vigor, alterando a redação do art.

1º-F da Lei n 9.494/1997, os juros de mora devem ser calculados utilizando-se o percentual de 6% (seis por cento) ao ano (0,5% ao mês). Após 29.06.2009, os juros moratórios devem ser calculados de acordo com os novos critérios fixados pelo art. 5º da Lei n.º11.960/09, ou seja, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Por sua vez, a correção monetária, face à declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, deverá ser calculada com base no IPCA-E, posto que este índice é o que melhor reflete a inflação acumulada no período.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. Tércio Chaves de Moura, juiz convocado em substituição a Exma. Des. 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, 14 de junho de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator