



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000973-86.2010.815.0041

RELATOR : Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
APELANTE : Linete Gadelha de Souza
ADVOGADO : Júlio César de Oliveira Muniz
APELADA : Município de Alagoa Nova, rep. por seu Prefeito
ADVOGADO : José Ismael Sobrinho
ORIGEM : Juízo da Vara Única de Alagoa Nova
JUIZ : Eronildo José Pereira

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PAGAMENTO DO DÉCIMO TERCEIRO E TERÇO CONSTITUCIONAL RETIDOS. POSSIBILIDADE. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. CARÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DO PEDIDO. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

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

- 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 ao Promovente, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade da produção dessa prova.

- “O pagamento do Adicional de Insalubridade aos Agentes 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. Publicado no Diário da Justiça de 19/03/2014.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados:

ACORDA a primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE OS RECURSOS**, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 130.

RELATÓRIO

Cuida-se de Remessa Necessária e, de Apelação Cível interposta por Linete Gadelha de Souza contra a sentença (fls. 93/95) proferida pelo Juízo da Vara Única desta Comarca, que julgou improcedente a presente ação por falta de amparo legal.

Apelação Cível (fls. 97/101), requerendo o pagamento de adicional de insalubridade e reflexos nas demais verbas, bem como pagamento de férias, 13º salários, FGTS e indenização pelo não cadastramento no PASEP na data correta.

Contrarrazões às fls. 106/109.

A Procuradoria de Justiça, às fls.116/124, opinou pelo provimento parcial do recurso apelatório, para condenar o Município ao pagamento de décimo terceiro salário e férias acrescidas de 1/3 do período quinquenal anterior ao ajuizamento da ação.

É o relatório.

VOTO

De início, convém ressaltar a competência a Justiça Comum para julgar a matéria em exame.

Não obstante as divergências apresentadas no Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, quanto a competência para dirimir conflitos entre o servidor público e o Poder Público, adoto a jurisprudência preponderante do Supremo Tribunal Federal, que entende ser de competência desta justiça comum a apreciação do litígio.

Vejamos o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal

Federal:

Agravo regimental – Reclamação – Administrativo e Processual Civil – Dissídio entre servidor e poder público – ADI nº 3.395/DF-MC – Incompetência da Justiça do Trabalho. 1. **Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público, fundadas em vínculo jurídico-administrativo.** É irrelevante a argumentação de que o contrato é temporário ou precário, ainda que extrapolado seu prazo inicial, bem assim se o liame decorre de ocupação de cargo comissionado ou função gratificada. 2. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requerer verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, visto que desvirtuada ou submetida a vícios de origem, como fraude, simulação ou ausência de concurso público. Nesse último caso, ultrapassa o limite da competência do STF a investigação sobre o conteúdo dessa causa de pedir específica. 3. O perfil constitucional da reclamação (art. 102, inciso I, alínea “I”, CF/1988) é o que confere a ela a função de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões deste Tribunal. Em torno desses dois conceitos, a jurisprudência da Corte estabeleceu parâmetros para a utilização dessa figura jurídica, dentre os quais se destaca a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF. 4. A reclamação constitucional não é a via processual adequada para discutir a validade de cláusula de eleição de foro em contrato temporário de excepcional interesse público, a qual deve ser decidida nas instâncias ordinárias. 4. Agravo regimental não provido. (Rcl 4626 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2011, DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011 EMENT VOL-02534-01 PP-00022)

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA L, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. **CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE: ARTIGO 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. 1. **Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que**

envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.

2. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não pode ser apreciado pela Justiça do Trabalho. 3. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4464 / GO – GOIÁS. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 20/05/2009 . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-157 . DIVULG 20-08-2009. PUBLIC 21-08-2009. EMENT VOL-02370-02. PP-00310. RDECTRAB v. 16, n. 183, 2009, p. 127-143. RF v. 105, n. 404, 2009, p. 328-339)

A questão cinge-se à averiguação da existência de direito ao pagamento das verbas salariais e gratificações especificadas pelo Autor na peça inaugural, quais sejam: FGTS, décimo terceiro salário, terço constitucional de férias, insalubridade e reflexos nas verbas fundiárias.

Como se sabe, 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.

Em caso de retenção indevida, a Quarta Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Desembargador Antônio de Pádua Lima Montenegro, assim já se posicionou:

“SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Salário retido injustificadamente. Obrigação impostergável do Poder Público. Mandado de Segurança. Prestação atual. Concessão. Remessa Oficial e Apelação Cível. Desprovisamento. **Constitui direito líquido e certo de todo servidor público receber os vencimentos que lhes são devidos pelo exercício do cargo para o qual foi nomeado. Atrasando, suspendendo ou retendo o pagamento de tais verbas, sem motivos ponderáveis, comete o Prefeito municipal, inquestionavelmente, ato abusivo e ilegal**, impondo-se conceder a segurança à Ação Mandamental. O Mandado de Segurança alcança as prestações atuais e futuras.” (Remessa ‘Ex Officio’ e Apelação Cível nº 2004.010689-5 – Julgamento: 29/03/2005 – DJ: 05/04/2005). (Grifei)

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

Por outro lado, tratando-se de pagamento de salários, cabe ao Réu comprovar que fez correta e integralmente, pois, ao reverso, subentende-se que não o efetuou na forma devida.

O ônus da prova, *in casu*, compete a quem tem condições de contrariar o alegado na peça vestibular, ou seja, à Edilidade, que é a única que pode provar a efetiva quitação das parcelas requeridas, ante a hipossuficiência da Autora para apresentar tais elementos.

Repita-se, 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 ao Autor, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.

Apropriado ao tema é a lição do eminente processualista Nelson Nery Júnior, *in* “Código de Processo Comentado”, 6ª EDIÇÃO, pág. 696:

“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 desincumbiu.”

Adstrito ao tema, percucientes são os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. SALÁRIOS RETIDOS INDEVIDAMENTE. PAGAMENTO OBRIGATÓRIO. DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE. ÔNUS DA PROVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO VÁLIDA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. - O salário é direito de todo trabalhador, previsto na Lei Maior. - **A Municipalidade é a detentora do controle dos documentos públicos, sendo seu dever comprovar o efetivo pagamento das verbas**

salariais reclamadas, considerando que ao trabalhador contratado é impossível fazer a prova negativa de tal fato. - O termo inicial dos juros de mora corresponde à data da citação válida. Precedentes. STJ, AgRg no REsp 782.850/SP, Relator Celso Limongi Desembargador Convocado do TJSP, Sexta Turma, julgamento 05/03/2009, Publicação DJe 30/03/2009.TJPB - Acórdão do processo nº 05220090013898001 - Órgão (2 CAMARA CIVEL) - Relator DESA. MARIA DAS NEVES DO E.A.D. FERREIRA - j. Em 12/06/2012

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE COBRANÇA. VERBAS SALARIAIS. ÔNUS DA PROVA QUE CABIA À EDILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO ELIDIDA PELO ENTE MUNICIPAL. PAGAMENTO DEVIDO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO. - Não merecem prosperar os argumentos levantados pela parte recorrente, que visam apenas a rediscutir a impossibilidade do pagamento dos serviços extraordinários prestados, quando não há, nos autos, qualquer elemento novo, capaz de ensejar modificação no julgado em exame. - **Não há como se exigir que o autor apresente prova negativa do não pagamento pela municipalidade** ou mesmo prova de que realmente prestou o serviço extraordinário, pois é incumbência da municipalidade provar que remunerou seu funcionário ou que este não prestou horas extras, nos meses mencionados. TJPB - Acórdão do processo nº 03820080002611002 - Órgão (Quarta Câmara Cível) - Relator Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho - j. Em 06/03/2012

Portanto, se a municipalidade não logrou êxito em derruir as alegações da Autora, deve suportar tal ônus, devendo efetuar o pagamento do décimo terceiro salário e de um terço de férias do período quinquenal anterior ao ajuizamento da ação.

Quanto ao pagamento de FGTS e indenização pelo não cadastramento no PASEP, considerado-se que o vínculo da Promovente era de cunho administrativo e não celetista, é inviável a concessão do benefício previsto para os servidores regidos pela CLT, conforme se vislumbra dos seguintes precedentes desta e de outras Cortes:

**SERVIDOR PÚBLICO - AÇÃO DE COBRANÇA -
(...) - SERVIDOR ESTATUTÁRIO -**

INAPLICABILIDADE DE VERBAS CELETISTAS - SALÁRIOS RETIDOS PELO MUNICÍPIO -- PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA E DESPROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.
- *Estando o servidor sujeito ao regime estatutário, afasta-se a incidência de verbas de caráter celetista. (...).*¹

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO - COBRANÇA DE CRÉDITOS -PROCEDÊNCIA PARCIAL - IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA - (...). MÉRITO - 2.1. PEDIDOS FGTS; FÉRIAS EM DOBRO ; AVISO PRÉVIO; MULTA DO ART.477 DA CLT; SEGURO DESEMPREGO - VERBAS TRABALHISTAS - SERVIDOR SOB REGIME ESTATUTÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - (...).²

SERVIDOR PÚBLICO - AÇÃO DE COBRANÇA - (...) - SERVIDOR ESTATUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DE VERBAS CELETISTAS - SALÁRIOS RETIDOS PELO MUNICÍPIO - PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA E DESPROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.
- *Estando sujeito o servidor ao regime estatutário, afasta-se a incidência de verbas de caráter celetista. (...).*³

Quanto ao adicional de insalubridade, melhor sorte não teve a Autora.

Segundo o caderno processual, a Autora é servidora pública municipal, desempenhando o cargo de Agente Comunitária de Saúde, e, em razão das atividades desenvolvidas, postula gratificação de insalubridade.

A Lei, portanto, é pressuposto de validade para os atos da Administração, que não pode agir sem previsão legal.

In casu, não restou comprovada a existência de lei específica e, portanto, não há previsão, nem definição dos graus e dos percentuais que permitam a concessão do adicional de insalubridade a Apelante,

1 TJPB – 2ª Câmara Cível – Proc. nº 09420050008757/001 – Relator: Des. Manoel Paulino da Luz – J: 16/02/2007.

2 TJPB – 3ª Câmara Cível – Proc. nº 09420050000762/001 – Relator: Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides – J: 21/06/2007.

3 TJPB – 2ª Câmara Cível – Proc. nº 09420050001299/001 – Relator: Des. Manoel Paulino da Luz – J: 05/12/2006.

desobrigando o Município do pagamento.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Paraíba pacificou o entendimento:

“O pagamento do Adicional de Insalubridade aos Agentes 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. Publicado no Diário da Justiça de 19/03/2014.

É importante que se diga que não está em debate aqui a relevância social do trabalho desempenhado por esta categoria, cuja importância é inegável.

Assim, inexistindo lei específica, não há que se falar em direito ao recebimento da gratificação postulada.

Diante do exposto, **PROVEJO PARCIALMENTE** à Apelação Cível e à Remessa Necessária, para condenar o Município de Alagoa Nova ao pagamento do décimo terceiro salário e de um terço de férias do período quinquenal anterior ao ajuizamento da ação.

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento, além do Relator, o Excelentíssimo Senhor Desembargador **Leandro dos Santos**, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Marcos Cavalcanti de Albuquerque** e **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão o representante do Ministério Público, Francisco Seráfico Ferraz na Nóbrega Filho, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, no dia 18 de novembro de 2014.

Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
Relator