



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Gabinete da Des. Maria das Graças Morais Guedes

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001558-32.2010.815.0141

Origem : 1º Vara da Comarca de Catolé do Rocha
Relatora : Des. Maria das Graças Morais Guedes
Apelante : Raimunda Vieira de Andrade
Advogado : Almair Beserra Leite
Apelado : Município de Jericó
Advogado : Evaldo Solano de Andrade Filho

APELAÇÃO CÍVEL. AGENTE COMUNITÁRIA DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA PARA REGULAR O PAGAMENTO DESSE BENEFÍCIO. ENTENDIMENTO SUMULADO POR ESTA CORTE. SÚMULA N. 42 DO TJPB. ART. 557 DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. SEGUIMENTO NEGADO.

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 (Súmula 42 do TJPB).

Não havendo regulamentação específica acerca do adicional de insalubridade à categoria dos agentes comunitários de saúde, incabível a concessão do pleito vestibular, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

REMESSA NECESSÁRIA. FAZENDA VENCIDA APENAS NO TOCANTE AO FGTS. PERÍODO DE NULIDADE DO CONTRATO. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF. PROVIMENTO PARCIAL.

Consoante entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, dado em repercussão geral (RE 705.140 – RS), são nulas as contratações sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, não ensejando quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Em sede de repercussão geral (ARE nº 709.212), o Supremo Tribunal Federal superou o entendimento acerca da prescrição trintenária na cobrança do FGTS, passando para cinco anos.

Vistos, etc.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Raimunda Vieira de Andrade** contra sentença prolatada e **remetida oficialmente** pelo Juízo 1ª Vara da Comarca de Catolé do Rocha, fls. 123/131, que julgou parcialmente procedente a “Reclamação Trabalhista” ajuizada em face do **Município de Jericó**.

De início, é relevante mencionar que a presente demanda foi originalmente intentada na Justiça do Trabalho, tendo o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, no Recurso Ordinário do processo tombado sob o nº 00214.2009.016.13.00-7, declarado a incompetência da Justiça Especializada (fls. 79/81) e remetido os autos para esta Justiça Comum, fl. 85.

Recebida a ação na Justiça Ordinária, a douta magistrada proferiu a sentença de fls. 123/131, acolhendo parcialmente o pleito formulado na exordial, nos seguintes termos:

“(...) julgo parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para condenar o MUNICÍPIO DE JERICÓ a pagar à autora a verba relativa ao FGTS não recolhida do período de 01 de janeiro de 1992 até 14 de março de 2008, data em que houve a mudança de regime, devendo tais valores incidirem sobre as verbas ora deferidas.

Sobre todos os itens acima indicados, serão acrescidos juros de mora de 0,5% (meio por cento), ao mês, a partir da citação, além da correção monetária (desde cada competência não paga até a data atual)”.

Em suas razões recursais, fls. 132/138, a apelante afirma ser agente comunitária de saúde, bem assim que está comprovado, por meio de laudo pericial, que exerce atividade insalubre, com riscos reais à sua integridade física.

Aduz que a ausência de norma específica regulando o adicional de insalubridade não pode obstar o acesso ao Judiciário, devendo a legislação aplicável ao caso ser interpretada por analogia à aplicação aos princípios gerais de direito.

Alega estar munido de laudo pericial, comprovando a natureza insalubre da atividade, inclusive estabelecendo o percentual de gratificação de 20% que deve ser aplicado, impondo-se o pagamento da verba pleiteada.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso, a fim de que seja procedida a implantação e o pagamento do adicional de insalubridade em percentual de 20% sobre seus vencimentos.

Sem contrarrazões, fl. 142.

A Procuradoria de Justiça entende não ser o caso de manifestação de mérito, fls. 148/150.

É o relatório.

DECIDO

Inicialmente, registro que **a matéria devolvida pelo recurso apelatório diz respeito tão somente ao adicional de insalubridade**, não tendo o apelante se insurgido acerca de mais nenhuma das verbas pleiteadas na exordial.

Pois bem. É consabido que a Administração Pública deve obedecer, em todos os seus atos, ao princípio da legalidade. Segundo Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 20ª Ed., 1995, *“... o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.”*

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

Analisando os autos, percebe-se que, apesar de a demandante exercer a função de Agente Comunitário de Saúde, não há lei municipal específica regulamentando quais os cargos ou funções considerados insalubres e os parâmetros de concessão.

À luz desse entendimento, importante destacar que esta egrégia Corte, por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 2000622-03.2013.815.0000, de relatoria do Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, uniformizou seu entendimento no sentido de ser imprescindível a existência de legislação local voltada, especificamente, à extensão do adicional de insalubridade à categoria dos agentes comunitários de saúde.

Para tanto, editou-se a seguinte súmula:

Súmula 42/TPB. 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.

Analisando os autos, observo que, apesar de a demandante exercer a função de agente comunitário de saúde e, conseqüentemente, estar exposta a agentes nocivos, não há lei municipal regulamentando o grau de insalubridade para percepção do percentual do adicional reclamado.

Assim, o fato de o município não pagar o adicional à demandante não infringe nenhuma norma legal, não gerando, por conseguinte, nenhum direito ao recebimento.

Percebe-se, pois, que o reconhecimento do direito ao adicional de insalubridade e sua classificação somente será viável mediante reconhecimento pela própria Administração.

Diferente não é o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. FGTS. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, FÉRIAS E 13º SALÁRIO PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO IRRESIGNAÇÃO PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. - É dever da Municipalidade pagar as verbas devidas a título de gratificação natalina, férias e respectivo terço constitucional, - O não pagamento de tais verbas implica, configura verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, violando os princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana e da moralidade administrativa. - **A ausência de lei específica definindo os graus e os percentuais do adicional de insalubridade desobriga o Município do pagamento.** - Provimento parcial do Recurso. (TJPB; AC nº 07520100021676001; 1ª Câmara Cível; Relator Des. Leandro dos Santos; Data do Julgamento: 23/04/2013)

APELAÇÕES CÍVEIS. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME CELETISTA EM ESTATUTÁRIO. COBRANÇA DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. 13º SALÁRIOS, FÉRIAS E SALÁRIO FAMÍLIA. DEVIDAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INDEVIDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS EXORDIAIS. IRRESIGNAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PROVIMENTO NEGADO AOS RECURSOS APELATÓRIOS. O Exercício da função de agente comunitário através de contrato temporário não exonera o Município do pagamento de verbas salariais, tais como terço de férias e 13º salário. A verba pleiteada pelo autor possui caráter alimentar, motivo pelo qual a posse ilegítima, sem base jurídica, como a que se apresenta

neste pleito, pode e deve ser repelida. É condição para recebimento do adicional **de insalubridade pelo servidor, que tal direito esteja regulamentado na forma da lei.** (TJPB; AC 075.2011.000233-6/001; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides; DJPB 11/09/2012; Pág. 8)

Quanto à possibilidade de utilização da normatização expedida pelo Ministério do Trabalho, fixada através da NR nº 15, Anexo XIV da Portaria nº 3.214/78, para as hipóteses de aplicação da parcela remuneratória requerida (adicional de insalubridade), esta situação só é cabível quando a lei específica autorizar a aplicação por analogia da norma regulamentadora, que, *in casu*, é inexistente.

Diante disso, em face da ausência de norma regulamentadora fixando o valor a ser pago a título de adicional de insalubridade a determinadas atividades, **não há como prosperar o pedido do apelante ao pagamento desta verba.**

Por fim, **analiso os autos sob a ótica da remessa necessária, tão somente quanto ao FGTS**, única verba em que a edibilidade foi vencida.

Extrai-se dos autos que a autora foi contratada na condição de prestadora de serviços, cuja admissão se deu em 15.01.1992, para exercer as funções de Agente Comunitária de Saúde, até a mudança de regime ocorrida em 14.03.2008.

A discussão devolvida a esta Corte limita-se às questões relativas ao período anterior a 2008, quando a promovente se vinculava ao Município através de contrato temporário.

Primordialmente, vale frisar que o art. 37, §2º, da Constituição Federal, aduz que **“a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”** Ademais, os incisos I e II do mesmo artigo estão assim dispostos:

“I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos

estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

Assim considerando, basta uma simples leitura das regras para se chegar à conclusão de que as contratações sem a presença de concurso público são eivadas de nulidade.

No caso em apreço, não há falar em contrato temporário, haja vista o tempo de permanência da autora no serviço público, razão pela qual a contratação deve ser considerada nula.

Conforme entendimento consignado pelo STF, em sede de repercussão geral, as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público são ilegítimas e não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, **nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS**¹

Feito este registro, é cediço que cabe à edilidade, em se tratando de relação de trabalho, provar que inexistente para a autora qualquer direito de receber salário atrasado bem como ter em sua conta vinculada os depósitos do FGTS.

Concernente ao período afirmado como laborado, o Estado da Paraíba não atendeu à exigência do art. 333, II, do Código de Processo Civil,

¹ Recurso Extraordinário nº 705.140 – Rio Grande do Sul – Plenário – Relator: Min. Teori Zavascki – Julgado em 28/08/2014.

posto não ter trazido qualquer prova suficiente a demonstrar o adimplemento dessa verba (depósitos do FGTS).

Portanto, conforme entendimento consignado pelo STF, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 705.140, a Fazenda Pública Municipal deve ser condenada ao recolhimento do FGTS no período compreendido entre 05/08/2004 (cinco anos à data da propositura da ação – 05/08/2009) ate a data da mudança de regime jurídico da categoria.

Importante ressaltar, que em sede de repercussão geral (ARE nº 709.212), o Supremo Tribunal Federal superou o entendimento acerca da prescrição trintenária na cobrança do FGTS, passando para cinco anos, vejamos:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. **Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal.** Art. 7º, XXIX, da Constituição. **Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária.** Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF – Plenário – Repercussão Geral – ARE nº 709.212 – Relator: Min. Gilmar Mendes. Pub. Dje em 19/02/2015) (destaquei).

Assim, em consonância com posicionamento da mais alta Corte Judiciária do país, a sentença merece reforma nesse ponto, aplicando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a cobrança do FGTS.

Com essas considerações, com fulcro no artigo 557, *caput e § 1º-A*, do CPC, **NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO E DOU PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA NECESSÁRIA, para fixar o recolhimento do FGTS no período compreendido entre 05/08/2004 (cinco anos à data da propositura da ação – 05/08/2009) até a data da mudança de regime**

jurídico da categoria, mantendo os demais termos da sentença.

Publique-se. Intime-se.

Gabinete no TJ/PB, em João Pessoa, 19 de novembro de 2015.

Desa. Maria das Graças Morais Guedes

RELATORA