



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

**REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL** nº 0000142-15.2012.815.0511

**RELATOR** :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos  
**APELANTE** :Gilberto Luis da Silva  
**ADVOGADO** :Marcos Edson de Aquino  
**APELADO** :Município de Serra da Raiz  
**ADVOGADO** :José Rodrigues da Silva  
**REMETENTE** :Juízo de Direito da Comarca de Pirpirituba

**CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO**

Remessa necessária e Apelação cível – Ação de cobrança c/c obrigação de fazer – Servidor público municipal – Auxiliar de limpeza urbana - 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 - Terço constitucional e décimo terceiro – Ausência de prova do pagamento – Ônus do promovido (Art. 333, II, do CPC) – Verbas devidas – Manutenção da sentença - Precedentes do STF e desta Corte de Justiça - Artigo 557 do CPC – Provimento parcial da remessa – Negativa de seguimento à apelação cível.

– “*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.

- A Constituição Federal, em seu art. 39, § 3º, estende aos servidores ocupantes de cargo público os direitos constitucionais assegurados no art. 7º, dentre os quais o direito a gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

– O pagamento do terço de férias não está sujeito à comprovação de requerimento de férias, nem do seu efetivo gozo. O mais importante é que tenha o servidor laborado durante o período reclamado, com sua força de trabalho em favor da Administração, sem exercer um direito que lhe era garantido.

- A sentença, da mesma forma, deve ser mantida no que concerne à condenação ao

pagamento do décimo terceiro do ano de 2008, posto que não fez o apelante prova do pagamento da referida verba (fato extintivo do direito do autor), assumindo o ônus processual.

**Vistos, etc.**

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta por **GILBERTO LUIS DA SILVA**, objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Pirpirituba que, nos autos da ação de cobrança c/c obrigação de fazer, sob o nº 051.2012.000.142-8, ajuizada pelo recorrente em desfavor do **MUNICÍPIO DE SERRA DA RAIZ**, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na exordial, *“para condenar o Município de Serra da Raiz: a) ao pagamento do adicional de insalubridade, tal como vem sendo pago desde o ano de 2009, em sua forma retroativa, não alcançada pela prescrição contra a Fazenda Pública; b) ao pagamento do 1/3 de férias referente aos anos de 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012, além do 13º salário do ano de 2008. c) condenar o réu ao pagamento dos honorários advocatícios da parte promovente, à base de 10% (dez por cento) do valor total da condenação (art. 20, parágrafo 4º, do CPC).*

Em suas razões recursais, aduziu o apelante que muito embora o laudo pericial tenha concluído que a atividade por ele exercida é insalubre no grau máximo, o juiz de base *“deferiu no patamar de 15% (quinze por cento), sob o argumento de, simplesmente, ser o percentual que já vinha sendo pago desde o ano de 2009, omitindo-se quanto à análise do pedido de implantação do referido título”.*

Com fulcro nessas razões, pugna pela reforma da sentença, a fim de que seja o apelado condenado a implantar o adicional de insalubridade no percentual de 40% (quarenta por cento), bem como ao pagamento do retroativo respectivo.

Contrarrazões às fls. 117/119.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fl. 125).

É o relatório.

## Decido.

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

“*Ab initio*”, faz-se necessário registrar que, consoante se extrai dos documentos juntados aos autos, o ora apelante é servidor da edilidade recorrida, ocupante do cargo público de auxiliar de limpeza urbana, 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 constitucional<sup>1</sup>, operação necessária pela remissão determinada no preceito

<sup>1</sup> “**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 tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; **XXII** - redução dos riscos inerentes 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 a apelada, como se vê, via manejo analógico, emprestar-se a pedido claramente estatutário efeitos peculiares da legislação reitora do vínculo de emprego privado (art. 192, CLT<sup>2</sup>).

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/88<sup>3</sup>.

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**<sup>4</sup>:

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

---

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.”.

<sup>2</sup> “**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.”.

<sup>3</sup> “**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:”.

<sup>4</sup> “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”.*

**MORAES**<sup>5</sup>:

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/apelante 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 o recorrente, embora sobre seus ombros recaísse o ônus respectivo.

Dá análise dos autos (fls. 98/99), o que se verifica é que a Edilidade recorrida afirmou que a verba em discussão fora regulamentada por meio da Lei Municipal nº 362/2012, que assegurou aos servidores municipais a percepção de adicional de insalubridade no percentual de 15% (quinze por cento), e que vem ele percebendo dita verba neste percentual, conforme contracheques juntados aos autos (fls. 40/44).

---

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

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

Pela mesma razão, como não demonstrou o autor que no período de outubro de 2007 a outubro de 2009 havia lei regulamentando o adicional de insalubridade, a sentença primeva merece reforma, para afastar a condenação da edilidade nos valores retroativos a 2009.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP<sup>6</sup>:

*“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.*

<sup>6</sup> 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.”<sup>7</sup> (Grifei)*

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

*“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*

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



*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)*

Segunda Câmara Cível:

Sem destoar, segue decisão desta Egrégia

*“AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Em respeito ao princípio da legalidade, é impossível conceder o pagamento da diferença de percentual de adicional de insalubridade de período anterior a norma que regulamentou sobre a classificação do grau de insalubridade dos ocupantes de cargo de Agente Comunitário de Saúde. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. CPC, artigo 557 TJPB - Acórdão do processo nº 02420090022278001 - Órgão (2ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DRA. MARIA DAS GRACAS MORAIS GUEDES - j. Em 12/03/2012 (grifei)*

Câmara Cível deste Tribunal:

No mesmo sentido, eis julgado da Terceira

*“APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO e CONSTITUCIONAL Ação Ordinária de Cobrança Agente Comunitário de Saúde Cobrança de valores a título de Adicional de Insalubridade e de Indenização de Campo Diária Ausência de previsão legal que impede o pagamento das verbas pleiteadas Desprovemento do*

*recurso. - A ausência de lei específica definindo os graus e os percentuais do adicional de insalubridade, desobriga o Município do pagamento. TJPB - Acórdão do processo nº 07520110045624001 - Órgão (3ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DES. JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ - j. em 12/03/2013”*

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 auxiliares de limpeza urbana do Município de Serra da Raiz.

Por outro lado, agiu com acerto o magistrado de base ao condenar o promovido ao pagamento dos terços de férias dos períodos reconhecidos na decisão objurgada.

Como é cediço, a Carta Magna, em seu art. 7º, XVII, assegura à todos os trabalhadores urbanos ou rurais o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Adiante, a Carta Política estende expressamente esta garantia aos ocupantes de cargo público. Veja-se:

*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.*

O terço de férias, portanto, é um direito cristalino que tem o servidor público de receber, por ocasião de suas férias. Trata-se de um mandamento constitucional, de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

**Faz-se necessário ressaltar, por oportuno, que o pagamento de tal verba não está sujeito à comprovação**

**de requerimento de férias, nem do seu efetivo gozo.** O mais importante é que tenha o servidor laborado durante o período reclamado, com sua força de trabalho em favor da Administração Municipal, sem exercer um direito que lhe era garantido.

Sobre o assunto, o **MINISTRO CARLOS BRITTO** asseverou que *“o fato de o servidor não haver usufruído o mencionado direito não é de se lhe infligir punição ainda maior; qual seja, a de deixar de receber a indenização devida, com o acréscimo constitucional. Entendimento contrário levaria a uma dupla punição ao servidor: impossibilitá-lo de gozar as férias (art. 39, § 3º, c/c 7º, inciso XVII, da Magna Carta); e, justamente por esse motivo, negar-lhe a compensação monetária devida, o que acarretaria, ainda, enriquecimento ilícito por parte do Estado<sup>8</sup>”*.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FÉRIAS. PERÍODOS NÃO GOZADOS EM ATIVIDADE. RECEBIMENTO EM PECÚNIA. ACRÉSCIMO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. INCISO XVII DO ART. 7º DA MAGNA CARTA. ADMISSIBILIDADE. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao acolher o pedido do autor, apenas conferiu efetividade ao disposto no inciso XVII do art. 7º da Lei das Leis. Com efeito, se o benefício não é usufruído, porque a Administração indeferiu requerimento tempestivo do servidor, ao argumento de absoluta necessidade do serviço, impõe-se a indenização correspondente, acrescida do terço constitucional. De outra parte, o fato de o servidor não haver usufruído o direito, não lhe acarreta punição ainda maior; qual seja, a de deixar de receber a indenização devida, com o acréscimo constitucional. Procedimento esse que acarretaria, ainda, enriquecimento ilícito do Estado. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 324880 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 10-03-2006 PP-00026 EMENT VOL-02224-03 PP-00461 RTJ VOL-00204-01 PP-00380)”* (grifei)

Câmara: No mesmo tom, eis julgado desta Egrégia

*“AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADICIONAL DE*

<sup>8</sup>RE 324880 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2005, DJ 10-03-2006 PP-00026 EMENT VOL-02224-03 PP-00461 RTJ VOL-00204-01 PP-00380

*INSALUBRIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. AGENTE DE LIMPEZA URBANA. MUNICÍPIO DE GUARABIRA. VANTAGEM INSTITUÍDA DE FORMA GENÉRICA PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. REGULAMENTAÇÃO A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 846/2009. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. REEXAME NECESSÁRIO E APELO DESPROVIDOS. (...) Terço constitucional de férias. Prévio requerimento. Com- provação de gozo. Desnecessidade. Garantia constitucional. Desprovinamento. O direito à férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais do salário normal é assegurado pela Carta Magna em seu art. 7º, inc. XVII, sendo que tal direito foi expressamente estendido aos servidores públicos, nos termos do art. 39, § 3º da Lei maior. O pagamento do terço constitucional de férias prescinde de prévio requerimento ou efetivo gozo do descanso pelo servidor. (TJPB; AC 018.2009.001133-1/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 10/12/2013; Pág. 13)” (Grifei)*

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

*“REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL SENTENÇA ILÍQUIDA SÚMULA Nº 490/STJ AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER TERÇO DE FÉRIAS, QUINHÊNIO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS APELAÇÃO DO MUNICÍPIO IMPLANTAÇÃO E PAGAMENTO DE QUINQUÊNIO PREVISÃO LEGAL ART. 51, XVI, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUARABIRA PAGAMENTO NÃO COMPROVADO INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DO CPC HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA EXISTÊNCIA PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. Restando comprovada a existência de previsão legal que determine o pagamento de adicional por tempo de serviço quinquênio aos servidores de Guarabira, o direito de receber tal benefício é medida que se impõe quando atingido o período do quinquênio exigido pela norma. Cabe ao empregador o ônus de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do empregado ao recebimento de verbas salariais pleiteadas. APELAÇÃO DA AUTORA - 1. TERÇO DE FÉRIAS POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO MESMO QUE NÃO COMPROVADO O GOZO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBÊNCIA PROVIMENTO*

*PARCIAL DO APELO. Pela interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais relativos aos direitos dos trabalhadores e do Código Civil, bem como tomando por base a jurisprudência dos tribunais de superposição, é de se garantir o direito aos servidores públicos municipais de receber o terço de férias, ainda que não as tenham gozado à época devida. TJPB - Acórdão do processo nº 01820090016272001 - Órgão (3ª CAMARA CIVEL) - Relator DES. MARCIO MURILO DA CUNHA RAMOS - j. Em 18/09/2012 (grifei)*

No caso em comento, o ônus processual de provar o adimplemento do referido acréscimo constitucional 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. 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.”*

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

*“SERVIDOR PÚBLICO – SALÁRIOS ATRASADOS – Falta de Pagamento – Contestação – Fato Extintivo – Dedução ilegal Sobre o Vencimento – Restituição Indevida – Procedência Parcial – Remessa Desprovida. Tratando-se a questão de falta de pagamento salarial, cabe ao empregador comprovar que o fez, pois, ao reverso, subtende-se que não o efetuou. Uma vez que a alegação de pagamento das respectivas verbas trabalhistas representa fato extintivo, cuja prova compete ao réu, à luz do que determina o art. 333, II, do CPC. (Remessa Ex-offício 2001.007502-7; Rel: Des. Jorge Ribeiro Nóbrega; Data de Julgamento: 13/12/2001 Data de Pub. no DJ: 21/12/2001; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível do TJ/PB)”* (grifei)

Da mesma forma, a sentença deve ser mantida no que concerne à condenação ao pagamento do décimo terceiro do ano de 2008, posto que não fez o apelado prova do pagamento da referida

<sup>9</sup> Nelson Nery Júnior. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. e ampl., p. 836 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

verba (fato extintivo do direito do autor), assumindo o ônus processual.

Por tais razões, com fulcro no art. 557, “*caput*”, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação cível, bem como, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, **dou provimento parcial** à remessa necessária, para, reformando em parte a sentença guerreada, extirpar a condenação do Município ao pagamento dos valores retroativos do adicional de insalubridade.

Uma vez que permanece a sucumbência recíproca, custas e honorários advocatícios conforme ficou determinando na sentença primeva.

**Publique-se. Intimem-se.**

João Pessoa, 05 de março de 2015.

***Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos***  
***Relator***