



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

ACÓRDÃO

REMESSA NECESSÁRIA, APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO Nº 0004563-64.2013.815.0171

RELATOR : Juiz Convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO
APELANTE : Vera Lúcia de Luna
ADVOGADO : Marcos Antônio Inácio da Silva
APELADO : Município de Esperança, rep. por seu Prefeito
ADVOGADO : Luciano Pires Lisboa
ORIGEM : Juízo da 2ª Vara da Comarca de Esperança
JUÍZA : Francilene Lucena Melo Jordão

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. 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. DESPROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DA REMESSA.

- 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.

- 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.

- 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, **DESPROVER O RECURSO ADESIVO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO E A REMESSA NECESSÁRIA**, 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 Vera Lúcia de Luna contra a Sentença (fls. 84/91) proferida pelo Juízo da 2º Vara da Comarca de Esperança e, que julgou procedente, em parte, o pedido e condenou o Ente municipal a pagar a Promovente os valores decorrentes de férias não gozadas, acrescidas do terço constitucional de 2005 a 2010, bem como às parcelas não pagas pelo Município a título de décimo terceiro salário a partir de 2005 a 2010 e adicional de insalubridade em grau médio, no percentual de 20% sobre o salário-mínimo.

Irresignado, o Apelante pugnou, às fls. 93/97, pela condenação do Município promovido ao pagamento das férias acrescidas de um terço e indenização compensatória pela não inscrição/recolhimento do PASEP, tudo com observância da prescrição quinquenal e da incidência de juros e correção monetária e verba honorária.

Contrarrazões às fls. 109/112.

Recurso Adesivo interposto pela Edilidade, sustentando que a Autora não faz jus às verbas trabalhistas previstas na CLT, pois, conforme fichas financeiras acostadas aos autos, verifica-se que houve o cadastramento

no PASEP, bem como pagamento de férias e 13º pleiteados.

A Procuradoria de Justiça, às fls.120/124, opinou pelo provimento da Apelação interposta pela Promovente e pelo provimento parcial da Remessa Necessária, no sentido de o Município promovido seja compelido a efetuar o pagamento de todas as verbas devidas, respeitando a prescrição quinquenal, bem como seja excluída a condenação referente ao adicional de insalubridade, e, ainda, seja aplicada a correção monetária utilizando o INPC-E.

É o relatório.

VOTO

O debate inicial cinge-se à averiguação da existência de direito ao pagamento das verbas salariais especificadas pela Autora, servidora pública municipal, na peça inaugural, quais sejam: décimo terceiro salário, férias não gozadas e terço constitucional de férias do período.

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.

Salários são retribuições pagas aos empregados pelos trabalhos prestados. Constituem, portanto, verba de natureza alimentar, indispensável à sobrevivência de quem os aufere. Daí porque, impõe-se o pagamento em dia determinado, possibilitando sua utilização nos moldes do art. 7º, IV, da Constituição Federal (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social).

Em caso de retenção indevida, a Quarta Câmara Cível deste 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. Desprovemento. **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 o fez correta e integralmente, pois, ao reverso, subtende-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 do Autor 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 de 2005/2010, referentes aos cinco anos anteriores a propositura da demanda.

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

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)

Quanto ao mérito do pedido, segundo o caderno processual, a Autora é servidora pública municipal, admitida em 25 de junho de 2004, para o cargo de Agente Comunitário de Saúde, depois de aprovada em processo seletivo, em razão das atividades desenvolvidas, postula gratificação de insalubridade.

Para Hely Lopes Meirelles, é importante frisar que a vantagem pecuniária decorrente de atividade penosa ou de risco **não tem natureza de adicional**, mas de **gratificação**.

Entretanto, superado este aspecto, merece destaque a abordagem feita à **gratificação por risco de vida ou saúde**, que é definida como uma **“vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução do serviço. Não é uma retribuição genérica pela função desempenhada pelo servidor; é uma compensação específica pelo trabalho realizado em condições potencialmente nocivas para o servidor. O que se compensa com esta gratificação é o *risco*, ou seja, a possibilidade de dano à vida ou à saúde daqueles que executam determinados trabalhos classificados pela Administração como perigosos.”** (*op. cit.*, p. 525). Outro aspecto também é ressaltado, senão, vejamos:

Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de *risco*, para fins de vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe, para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. (*op. cit.*, p. 525)

Pois bem. Tomada esta concepção inicial acerca da vantagem (gratificação ou adicional), cumpre questionar se está presente, no caso, o primeiro requisito acima delineado, eis que, sem ele, não se pode falar em pagamento da verba.

É com sabido 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.

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 Apelada, 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 atuação é inegável.

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

No que diz respeito à indenização pela não inscrição da Autora no PIS/PASEP, esta Câmara Cível já assentou o entendimento de que o Município possui a obrigação de depositar os valores referentes ao referido programa em benefício do servidor público que presta serviços a seu favor.

O Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) consiste em uma contribuição social para o financiamento da Seguridade Social, devida pelas pessoas jurídicas, ou a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, nos termos do inciso I do artigo 195 da Carta Magna.

A exigência de cadastramento dos servidores públicos no PIS decorre do disposto no artigo 239, § 3º, da Constituição da República, *in verbis*:

“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.

(...)

§ 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.”

Por sua vez, regulando a concessão e o pagamento do abono previsto no § 3º do art. 239 da Constituição Federal, foi criada a Lei nº 7.859/89 que dispõe:

"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."

In casu, restou incontroverso que a Requerente prestou serviços ao Município, não tendo recebido os valores que lhe eram devidos em decorrência da omissão do Município em providenciar o seu cadastramento do Programa PIS/PASEP desde a data da sua admissão e, por isso, terá direito ao recebimento da indenização de forma proporcional ao período trabalhado, respeitada a prescrição quinquenal, por isso, a Sentença merece manutenção.

No tocante às verbas sucumbenciais, razão assiste a Apelante.

Revelando nos autos existir vencedor e vencido ao mesmo tempo, as custas e honorários advocatícios devem ser recíproca e

proporcionalmente distribuídos, na medida da derrota de cada parte, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 21 do CPC, *in verbis*:

“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.”

Nesse sentido ,é pacífico o entendimento do STJ:

“Há de se reconhecer a sucumbência recíproca das partes quando apenas um dos dois pedidos formulados na petição inicial é julgado procedente.” (Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, REsp 472790/MA, j. 26/10/2004).

Na espécie, a Autora requereu o pagamento de diversos direitos trabalhistas a que teria direito, tendo-lhe sido assegurados apenas os 13º salários, o terço constitucional de férias e a indenização pela não inscrição no PIS/PASEP, em virtude da modificação parcial do decreto judicial.

Assim, diante do contexto da pretensão, as partes devem arcar com o pagamento dos ônus sucumbenciais, seguindo a proporcionalidade de 60% para a demandante e 40% para a Edilidade, observando-se, contudo, a isenção quanto à Fazenda Pública Municipal e a gratuidade judiciária deferida em favor da Autora.

Diante do exposto, **DESPROVEJO O RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO E À REMESSA NECESSÁRIA** conhecida de ofício, para reformar a Sentença, excluindo a condenação referente ao adicional de insalubridade, determinando, ainda, que ambas as partes arquem – na proporção de 60% (sessenta por cento) para a Autora e 40% (quarenta por cento) para a parte ré, autorizada a compensação destes últimos e observada a isenção legal em relação à Fazenda Pública e o benefício da Justiça Gratuita concedida a Apelante – com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios *pro rata*, estes últimos no percentual estipulado na Sentença.

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto. Participaram do julgamento, além do Relator, Excelentíssimo Senhor Doutor **Aluízio Bezerra Filho (Juiz convocado para substituir o Exmo. Des. Leandro dos Santos)**, o Excelentíssimo Senhor **Doutor Carlos Eduardo Leite Lisboa** (Juiz convocado para substituir a Exma. Des. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti), Excelentíssimo Desembargador **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, Dra. **Vast Cléa Marinho Costa Lopes**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 12 de julho de 2016.

Juiz Convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO
Relator