



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Acórdão

REEXAME NECESSÁRIO N.º 0000125-04.2011.815.0611 – Mari – PB.
RELATORA :Desa. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RECORRIDO :João Narcisio Abílio da Anunciação
ADVOGADO :Marcos Edson de Aquino– OAB/PB N.º 15.222
INTERESSADO :Município de Mari
ADVOGADO :Eric Alves Montenegro– OAB/PB N.º 10.198

REMESSA OFICIAL – AÇÃO DE COBRANÇA DE VERBAS SALARIAIS – CARGO DE MOTORISTA – SENTENÇA – PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO – REVELIA DECRETADA – MITIGAÇÃO DE SEUS EFEITOS - SERVIDORES MUNICIPAIS – NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA INSTITUÍDA PELO ENTE PÚBLICO AO QUAL PERTENÇA O SERVIDOR, A REGULAMENTAR O PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – LICENÇA PRÊMIO POR ASSIDUIDADE – PEDIDO DE CONVERSÃO EM PECÚNIA - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO PLEITO - HORAS EXTRAS – JORNADA DE TRABALHO EXTRAORDINÁRIA NÃO COMPROVADA – GRATIFICAÇÃO SUS – CARGO EXERCIDO NÃO ABRANGIDO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – VERBAS DEVIDAS RESPEITADA A INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – ADIS 4357 e 4425 – MODULAÇÃO DOS EFEITOS – LEI 11.960/2009 – REFORMA DO COMANDO JUDICIAL PARA EXCLUSÃO DE ALGUMAS VERBAS SALARIAIS - PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA.

- Restando incontroversa a ausência de Lei local a garantir o pagamento de Adicional de Insalubridade aos ocupantes do cargo de motorista do município promovido, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

- *Em processos envolvendo questão de retenção de salários, cabe ao Ente Federativo comprovar que fez o pagamento, pois, ao reverso, subentende-se que não o*

efetuou na forma devida. Assim, denota-se que o ônus de provar a inexistência do vínculo e o adimplemento competia ao Município, visto ser fato extintivo do direito pleiteado, a teor do art. 373, II do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO REEXAME NECESSÁRIO.**

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Oficial nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Cobrança manejada por **João Narcisio Abílio da Anuniação** em face do **Município de Mari**.

Na peça inaugural alegou o promovente, em síntese, que é servidor efetivo do Município de Mari, ocupante do cargo de motorista desde 01.07.2002. Afirma, ainda, que alguns direitos inerentes ao cargo e às funções por ele exercidas vem sendo inobservados pelo ente promovido, tais como: terço constitucional de férias referentes aos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009; adicional de insalubridade por exercer o cargo de motorista de ambulância; adicional por tempo de serviço; licença-prêmio por assiduidade; horas extras e gratificação do SUS, suprimida de seus vencimentos desde setembro de 2010.

Ao final, requer a implantação do adicional de insalubridade em seu contracheque, retroativo a março de 2006; implantação do adicional por tempo de serviço relativo ao período de julho de 2002 a julho de 2011, do terço de férias e gratificação do SUS.

Revelia do Município(fl. 47).

Sentenciando, o MM Juiz *a quo* reconheceu a prescrição, de ofício, de todos os pedidos anteriores a 03/03/2006 tendo em vista o ajuizamento da ação em 03/03/2011. No mérito, julgou procedente o pedido para: **1)** adicional de insalubridade, a partir de 03/03/2006, no percentual de 20%(vinte por cento), grau médio; **2)** pagamento de horas extras, no período de 03/03/2006 a fevereiro de 2011, excluindo-se os meses e anos seguintes: maio de 2006, março de 2007, junho de 2008, julho de 2009 e outubro de 2010; **3)** gratificação do SUS, de setembro de 2010 até a efetiva implantação no contracheque, excluindo-se o mês de outubro de 2010; **4)** adicional por tempo de serviço a partir de 03/03/2006, até a efetiva implantação no contracheque do autor, no percentual de 9%(nove por cento); **5)** terço de férias dos anos de 2006 a 2010, com base na remuneração de cada época; **6)** licença-prêmio, por assiduidade, relativa a um quinquênio, excluído o ano anterior a 03/03/2006; **7)** obrigação de fazer, consistente na implantação dos direitos acima reconhecidos; **8)** incidência da correção monetária prevista no art. 1.º-F da Lei

9.494/97. Em face da sucumbência mínima, custas e honorários no percentual de 20%(vinte por cento) do valor total da condenação (fls. 124/128).

Sem recurso voluntário (certidão – fl. 129v), vieram os autos para reexame necessário.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial da remessa oficial (fls. 135/141).

VOTO

Ab initio, insta-nos ressaltar a natureza jurídica da remessa oficial ou reexame necessário, a qual consiste na devolução à instância *ad quem* de todas as questões suscitadas no processo, sendo tal premissa entendimento dominante no STJ, consagrado por meio da Súmula 325 cuja redação assim dispõe:

“A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.”

Outrossim, embora não seja tratada como recurso face à ausência de previsão expressa no Código de Processo Civil ou em qualquer outro diploma legal, a remessa oficial tem por principal desiderato conferir eficácia ao trânsito em julgado da sentença.

A sentença do magistrado “*a quo*” enseja alguns reparos.

No tocante ao adicional de insalubridade, este Tribunal já editou súmula em relação aos agentes comunitários de saúde, sendo tal entendimento aplicado por analogia às demais categorias de servidores municipais, quando submetidos a vínculo jurídico-administrativo. O teor da súmula 42 preceitua:

“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.” (grifei).

Tal posicionamento foi firmado no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2000622-03.2013.815.0000¹, sob o fundamento de que “a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, segundo o qual o gestor só pode fazer o que a lei autoriza.”

Verberou-se, na oportunidade, que “após a Emenda Constitucional nº 19/98, o §3º, do art. 39 da CF/88, que faz referência aos direitos sociais estendidos aos servidores públicos, deixou de fazer menção ao inciso XXIII, do art. 7º, daquele mesmo diploma”, o qual trata do adicional de insalubridade.

¹ TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo nº 20006220320138150000, Tribunal Pleno, Relator Des. José Ricardo Porto, j. em 24-03-2014 - DJPB, 05/05/2014.

No citado julgamento, concluiu-se, nessa esteira de raciocínio, que “o recebimento do mencionado adicional pelos servidores sujeitos ao vínculo jurídico-administrativo depende da existência de Lei Ordinária da instituição ao qual pertençam e conforme estabeleça”. Assim, a percepção da referida verba pelos agentes comunitários de saúde depende de lei local regulamentadora, assegurando expressamente àquela categoria o direito ao seu recebimento”, de forma que “ausente a comprovação da existência de disposição legal do ente ao qual pertençam, assegurando aos Agentes Comunitários de Saúde a percepção do adicional de insalubridade, não há como se determinar o seu pagamento.”

In casu, resta incontroversa a ausência de Lei local a garantir o pagamento de Adicional de Insalubridade aos ocupantes do cargo de motorista do município promovido. Logo, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Nesse sentido, proclama a jurisprudência desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NECESSIDADE DE PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA EM INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO APELO.

-Inexistindo lei municipal disciplinando o pagamento de adicional de insalubridade à categoria dos agentes comunitários de saúde, não pode o município ser compelido a conceder esse benefício com base em norma regulamentadora do Ministério do Trabalho.

- 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 TJ/PB, Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2000622-03.2013.815.0000).²

Com relação ao pedido de conversão de licença prêmio em pecúnia, de igual modo, a pretensão material do promovente não encontra guarida.

Isso porque, o art. 74 da Lei Municipal que estabelece o Regime jurídico único dos servidores municipais, estabelece o direito do servidor, sem contudo, dispor sobre a possibilidade de conversão em pecúnia.

Com relação ao pedido de pagamento de horas-extras, embora tenha ocorrido a revelia do Município, o promovente não conseguiu comprovar os fatos constitutivos do seu direito mediante o desempenho de jornada extraordinária de trabalho.

² TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo nº 00018334520098150131 - Relator Des. José Ricardo Porto, j. em 20/11/2014 - DJPB, 21/11/2014.

Quanto à percepção de gratificação SUS, instituída pela Portaria n.º 617/2000, o art. 2.º prevê “o pagamento a todos os servidores no exercício legal de suas atividades, nos níveis de execução: hospitalar, ambulatorial, laboratorial e hemorede”.

Feito tal registro, observo que o cargo de motorista não foi abrangido pela legislação, sendo vedada a interpretação extensiva da norma para inclusão do benefício a essa categoria.

Por fim, quanto ao adicional de férias e de tempo de serviço, assiste razão ao promovente, por restar comprovado, *in casu*, a aquisição de tais direitos e inexistir prova de pagamento pelo Município nesses autos.

Como bem ressaltado no Parecer Ministerial de 2.ª instância “em processos envolvendo questão de retenção de salários, cabe ao Ente Federativo comprovar que fez o pagamento, pois, ao reverso, subentende-se que não o efetuou na forma devida. Assim, denota-se que o ônus de provar a inexistência do vínculo e o adimplemento competia ao Município, visto ser fato extintivo do direito pleiteado, a teor do art. 373, II do CPC”.

Desta forma, confirmo a sentença do MM. Juiz *a quo* apenas no que se refere ao terço de férias e adicional por tempo de serviço no tocante à determinação do Município/Promovido a implantar o adicional por tempo de serviço a partir de 03/03/2006, até a efetiva implantação no contracheque do autor, no percentual de 9%(nove por cento).

Em relação à atualização dos valores devidos, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 (30.06.09, cf. art. 9º dessa Lei), devem ser observados os parâmetros fixados pelo art. 5º, que deu nova redação ao citado art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, passando a dispor *in verbis*:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (grifo nosso).

Não destoam os julgados do STJ:

“2. Na hipótese, os juros de mora devem ser fixados em 1% ao mês até 21.08.2001, data da edição da MP 2.180-35/1 que introduziu o art.1º-F na Lei 9.494/97. Após 21.08.2001 até 29.06.2009, data em que a Lei 11.960/2009 entrou em vigor, alterando a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, os juros de mora devem ser fixados em 6% ao ano. Após 29.06.2009, os juros de mora devem ser os mesmos aplicados à caderneta de poupança.” [...]³

³EDcl no AgRg no Ag 1357708/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013

Outrossim, é sabido que, nos autos das ADIs 4.357 e 4.425, o STF decidiu que o art. 5º da Lei nº 11.960/09, o qual deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, incorreu, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária, nos mesmos vícios de juridicidade (violação do direito fundamental de propriedade e do princípio constitucional da isonomia) que inquinaram o art. 100, §12, da CF/88, razão pela qual o Tribunal declarou a sua inconstitucionalidade por arrastamento.

Ocorre que, embora a Suprema Corte tenha decidido pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do Art. 5º da Lei nº. 11.960/09, houve pedidos de **modulação dos efeitos da decisão** proferida nas ADIs nº 4.357 e ADI nº 4.425.

Nesse sentido, enquanto não restou estabelecida a modulação dos efeitos do julgamento daquelas ADIs, o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Reclamação Constitucional nº 16.705, determinou que **“os pagamentos devidos pela Fazenda Pública sejam efetuados respeitada a sistemática anterior à declaração de inconstitucionalidade nas referidas ações, até que sejam modulados seus efeitos”**.

Por isso, ainda que declarado inconstitucional, o art. 5º da Lei nº. 11.960/09 continuou eficaz, incidindo nos processos em curso por força do comando exarado na Reclamação Constitucional mencionada.

Recentemente, a Suprema Corte modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mantendo a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015 (data da conclusão do julgamento da Questão de Ordem nas ADI's 4.357 e 4.425), marco após o qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).⁴

⁴ Questão de ordem nas ADIs 4.357 e 4.425: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: **1)** - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; **2)** - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ação direta de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: **2.1.)** fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual *(i)* os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e *(ii)* os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e **2.2.)** ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; **3)** - quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: **3.1)** consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidade; **3.2)** fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; **4)** - durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT); **5)** - delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline *(i)* a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e *(ii)* a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e **6)** - atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão, vencido

Portanto, a questão relativa aos índices a serem aplicados para a correção monetária contra a Fazenda Pública **já foi estabelecida com a modulação dos efeitos do julgamento das ADIs citadas.**

Destarte, diante da supracitada declaração de inconstitucionalidade e à luz dos efeitos jurídicos delimitados pela Corte Constitucional, deve incidir, para o caso, juros de mora, a partir da citação, com índices previstos no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 (observando-se as suas alterações pela MP 2.180-35, de 24.08.2001 e pela Lei n. 11.960, de 30.6.2009), conforme acima definido.

Correção monetária, a contar de cada parcela devida, com base nos “índices de remuneração básica da caderneta de poupança”⁵ até o dia 25.03.15, marco após o qual, os créditos deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ao tempo do efetivo pagamento, em razão da decisão do STF nas ADIs 4357 e 4425 e sua respectiva modulação de efeitos.

Portanto, deve ser parcialmente reformada a condenação imposta em primeiro grau, sendo aplicado, sob os valores devidos a título de correção monetária, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para as parcelas até o dia 25/03/2015 e, após esta data, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Face ao exposto, dou **PARCIAL PROVIMENTO à Remessa Necessária**, para excluir da condenação o adicional de insalubridade, pagamento de horas extras, gratificação do SUS e a licença-prêmio, por assiduidade, relativa a um quinquênio. E, ainda, para regular o índice de aplicação dos consectários legais, de acordo com os parâmetros estabelecidos nos julgamentos das ADIs nº 4.357 e 4.425, conforme acima explicitado.

É como voto.

Presidiu a sessão a Exm^a. Des^a. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti. Participaram do julgamento, além da Relatora, eminente Des^a. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, o Exm^o. Des. José Ricardo Porto e o Des. Leandro dos Santos. Presente à sessão a Exm^a. Dr^a. Vasti Cléa Marinho Costa Lopes, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em 04 de maio de 2017.

Desa Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

G/01

o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.

⁵ Art. 1º-F da Lei nº 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.