



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

ACÓRDÃO

05

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL nº 0000385-54.2009.815.0481

RELATOR : Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

APELANTE : Município de Cuitégi

ADVOGADO : Jose Alberto E. da Silva (OAB/PB Nº 10.248)

APELADA : Avani Cicero Batista

ADVOGADO : Claudio G Cunha (OAB/PB Nº 10.751)

REMETENTE : Juízo de Direito da Comarca de Pilões

CONSTITUCIONAL e
ADMINISTRATIVO – Apelação cível – Reclamação trabalhista – Procedência parcial da pretensão deduzida na exordial – Servidor público municipal - Regime jurídico estatutário - Terço de férias – Art. 7º, XVII, c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Desnecessidade de requerimento administrativo - Ônus do promovido – Verba devida – Salário-família – Manutenção – Pretensão a adicional de insalubridade – Deferido – Súmula nº 42 deste Tribunal – Ausência de previsão legal municipal – Impossibilidade de aplicação analógica da NR 15 do MTE – Modificação do “decisum” neste ponto – Provimento parcial ao reexame necessário e à apelação cível.

- A Constituição da República em seu art. 39, § 3º, estendeu aos servidores públicos, independentemente da natureza do vínculo, alguns direitos sociais próprios dos empregados celetistas, dentre os quais, o terço constitucional de férias.

- O Código de Processo Civil, em seu art. 373, estabelece que incube ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que cabe ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

- Assim, para se eximir de pagar as verbas salariais reivindicadas caberia ao promovido fazer prova do pagamento, posto que se traduz em fato extintivo do direito do autor, nos termos do art. 373, II, do CPC, o que não o fez.

- 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.

- Súmula nº 42 do TJPB: *O pagamento de adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo depende de lei regulamentadora do ente do qual pertencer.*

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos da apelação cível em que figuram como partes as acima mencionadas.

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, dar provimento parcial ao reexame necessário e ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator e de súmula de julgamento de fl. retro.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo **MUNICÍPIO DE CUITEGI** objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única de Pilões que, nos autos da

ação de cobrança c/c obrigação de fazer, ajuizada por **AVANI CICERO BATISTA**.

Prolatada a sentença (fls. 116/129), o juiz de base julgou procedente a demanda, condenando a edilidade para: 1. Implantar o adicional de insalubridade em seu grau máximo, 40% do salário mínimo, retroativo à entrada em exercício do autor, salvo os valores prescritos quando da impetração da ação; 2. Condenar o demandado a pagar toda a diferença não paga relativa ao salário-família, salvo os valores já prescritos quando da impetração da ação; 3. Condenar, por fim, ainda o promovido ao pagamento do 1/3 de férias relativas ao período de 2004-2005.

A condenação fica acrescida de correção monetária pelo IPCA a partir do momento em que deveriam ter sido pagos até sua efetiva implantação e com juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009 a partir da citação e até efetiva implantação das verbas. Condenou, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor a ser apurado na fase de liquidação.

Sem contrarrazões conforme certidão acostada à fl. 139.

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer, fl. 145, opinando pelo prosseguimento do recurso apelatório sem manifestação do mérito.

É o relatório.

V O T O.

Inicialmente, ressalto que os requisitos de admissibilidade do presente recurso serão analisados nos moldes da Lei nº 5.869/73.

É que, tendo a sentença sido publicada em 25 de novembro de 2015 (fl. 129v.), resta patente que deve ser aplicado o Código de Processo Civil anterior, consoante orientação do Enunciado Administrativo nº 2, do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Enunciado Administrativo nº 2 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas estas considerações, antes de enfrentar o âmago do presente recurso, passo a análise dos seus requisitos de admissibilidade, à luz da Lei Processual nº 5.869/73.

O caso posto em desate é de fácil deslinde e não comporta maiores divagações.

Inicialmente, no que concerne a condenação da edilidade ao pagamento do terço de férias, deve ser mantida.

Isto porque, a Constituição Federal em seu art. 39, § 3º, estendeu aos servidores públicos, independentemente do vínculo, alguns direitos sociais previstos no art. 7º, próprios dos empregados celetistas, dentre os quais, o direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, (art. 7º, VIII, da Constituição Federal).

O ato do Município em não pagar os vencimentos de seus servidores representa frontal ofensa ao princípio juridicamente sedimentado de que o salário é de índole alimentar, daí a justificativa de lhe ter o constituinte erigido à categoria de ilícito sua retenção dolosa, “*pari passu*” em que o consagra como direito de todo trabalhador (CF/ 88, art. 7º, IV, VI e X).

Faz-se necessário ressaltar 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*”¹.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

¹RE 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

“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)

Nesse passo, deve a edilidade providenciar o adimplemento do terço constitucional, sob pena de locupletamento indevido, observando-se, contudo, o interregno prescricional de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

É de se manter a decisão no tocante ao salário-família pago a menor, pois, como bem elucidou o Magistrado a quo, apesar de o promovido alegar que o demandante não possui direito à percepção de tal benefício, “a Constituição Federal assegura tal direito no art. 7º, XII. *Direito este expresso em norma constitucional de eficácia contida nos termos da norma regulamentadora e, uma vez que o promovido não comprova a expressa determinação legal contida em norma municipal que o autorize a pagar menos do que os valores editados pelo governo federal, firma-se o entendimento de que o seu pagamento a menor é indevido*”, fl. 128, impondo-se ao demandado restituir a diferença do aludido benefício.

Em relação ao pagamento do adicional de insalubridade, esta Corte de Justiça já decidiu acerca da necessidade de previsão em lei local sobre o benefício, inclusive quanto aos percentuais ou formas de pagamento.

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, operação necessária pela remissão determinada no preceito anterior, constata-se que o rol de direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos não alberga o título de adicional de insalubridade (inciso XXIII).

Verifica-se, dessa forma, que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal. Entretanto, não proibiu que as leis federais, estaduais ou municipais prevejam gratificações para o servidor público que exerce atividade insalubre.

Assim, 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 está previsto no “caput” do art. 37 da CF/88. “in verbis”:

“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:”.

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.

SANTOS CARVALHO FILHO²:

Nesse sentido, ensina **JOSÉ DOS**

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

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 dependeria de lei específica local regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP³:

“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)

² “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

³ 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

Supremo Tribunal Federal:

No mesmo sentido, eis outro julgado do

“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. 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.”⁴ (Grifei)

Ainda:

“Servidor público. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. - O artigo 39, § 2º, da Constituição Federal apenas estendeu aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alguns dos direitos sociais por meio de remissão, para não ser necessária a repetição de seus enunciados, mas com isso não quis significar que, quando algum deles dependesse de legislação infraconstitucional para ter eficácia, essa seria, no âmbito federal, estadual ou municipal, a trabalhista. Com efeito, por força da Carta Magna Federal, esses direitos sociais integrarão necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, quando dependem de lei que os regulamente para dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais de que eles decorrem, essa legislação infraconstitucional terá de ser, conforme o âmbito a que pertence o servidor público, da competência dos mencionados entes públicos que constituem a federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.”⁵ (Grifei)

Pois bem. O atual entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça, nos seguintes termos da súmula 42, “in verbis”:
“O pagamento de adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo depende de lei regulamentadora do ente do qual pertencer”:

⁴ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

⁵ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

Dá análise dos preceitos supratranscritos, tem-se que a concessão do adicional em questão não foi suficientemente regulamentado pela edilidade promovida. Diante disso, não merece prosperar sentença nesse ponto.

A condenação imposta ao Município não é de natureza tributária e se a demanda fora ajuizada depois 29.06.2009, data em que a Lei nº 11.960/2009 entrou em vigor, alterando a redação do art. 1º-F da Lei n 9.494/1997, os juros de mora devem ser calculados de acordo com os novos critérios fixados pelo art. 5º da Lei n.º11.960/09, ou seja, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, e não mais se utilizando o percentual de 6% (seis por cento) ao ano (0,5% ao mês).

Sendo ilícida a condenação da edilidade, o termo inicial será a data da citação. Os juros moratórios não tiveram seu termo inicial modificado pela sistemática imposta no art. 1º-F da lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09.

Considerando o teor do Enunciado administrativo n. 7, do STJ, “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”. Assim, porque a sentença vergastada fora publicada em 30 de março de 2016, **deixo de fixar os honorários recursais.**

Por essas razões, **dou provimento parcial ao reexame necessário e ao recurso apelatório**, para extirpar a condenação do Município ao pagamento do adicional de insalubridade da condenação arbitrada em primeiro grau, mantendo os demais pontos do “decisum” vergastado.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Luíz Silvío Ramalho Júnior. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Luíz Silvío Ramalho Júnior, o Exmo Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, e o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

Presente ao julgamento, o Exmo. Dr. Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Segunda Câmara
Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João
Pessoa 12 de junho de 2018.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator