



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

A C Ó R D Ã O

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000024-96.2011.815.0471

Relatora : Des. Maria das Graças Morais Guedes
Apelante 1 : José Gomes da Silva
Advogado : Marcos Antônio Inácio da Silva
Apelante 2 : Município de Aroeiras
Advogado : Dhélio Ramos e Abraão Coura
Apelados : os mesmos

PRIMEIRA APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIA DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. INDENIZAÇÃO PELO NÃO CADASTRAMENTO NO PASEP. DEVIDO. PROVIMENTO PARCIAL.

- Ausente a comprovação da existência de disposição legal municipal assegurando à determinada categoria profissional a percepção do adicional de insalubridade, não há como se determinar o seu pagamento.

-Como a edilidade não provou o cadastramento do autor no PASEP, esta deve ser compelida a regularizar a situação e, em consequência, pagar os valores desse benefício ao servidor.

SEGUNDA APELAÇÃO. ALEGADO CONTRATO NULO. COMPROVAÇÃO DO PERÍODO TRABALHADO. EFETIVAÇÃO POSTERIOR. 13º SALÁRIO E FÉRIAS ACRESCIDAS DO TERÇO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE TODO

TRABALHADOR. ÔNUS DA EDILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DESPROVIMENTO.

- Qualquer exercício de força de trabalho empregado por trabalhador urbano ou rural, celetista ou estatutário, deve ser remunerada, sob pena de enriquecimento sem causa da Edilidade.

- Em ação de cobrança envolvendo verbas trabalhistas, cabe ao município comprovar que fez o pagamento, pois, ao reverso, subtende-se que não o efetuou na forma devida.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO APELO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO CÍVEL.**

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelações Cíveis** interpostas por **José Gomes da Silva e Município de Aroeiras**, contra sentença, fls. 170/174, prolatada pelo Juízo da Comarca de Aroeiras, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da “Reclamação Trabalhista” ajuizada pelo primeiro apelante em face do segundo, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, em atenção às provas carreadas aos autos e aos princípios legais aplicáveis à espécie, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO** para condenar o Município de Aroeiras a pagar apenas décimos terceiros salários e férias (integrais ou proporcionais) acrescidas de um terço, eventualmente inadimplidos, referentes ao período em que a parte promovente efetivamente prestou serviços à Edilidade (a partir de julho de 2001), excluindo-se o período de incidência da prescrição quinquenal (a incidir no período anterior aos cinco anos contados da data de ajuizamento da ação), sem outras verbas decorrentes ou acessórias, isto com base no valor mensal pactuado, salvo de inferior ao salário

mínimo nacional (caso em que este último será o parâmetro de cálculo), acrescido de correção monetária da data em que os salários deveriam ter sido efetivamente pagos e juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação, apurados mediante cálculos do credor”.

Nas razões recursais, fls. 176/184, **o primeiro apelante** afirma que exerce a atividade de agente comunitário de saúde e que foi contratada mediante aprovação e processo seletivo promovido pela administração pública estadual.

Aduz que, em razão de sua função (agente comunitário de saúde), está exposto a agentes agressores à saúde, razão pela qual postula a incorporação em seu contracheque do adicional de insalubridade em grau médio (20%), bem como as parcelas referentes ao 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e demais reflexos, como também indenização compensatória pelo não recolhimento do PIS/PASEP que nunca foram pagos.

Argumenta que o laudo pericial produzido nos autos da reclamação trabalhista processo nº 00691.2009.009.13.00-4 deve ser utilizado como prova emprestada nestes autos, porquanto atesta a atividade desenvolvida pela parte autora em grau médio.

Sustenta que a ausência de norma específica regulando o adicional de insalubridade não pode ser motivo de se criar óbice de acesso ao Judiciário, devendo a legislação aplicável ao caso ser interpretada por analogia à aplicação aos princípios gerais de direito e ser preenchida pela aplicação analógica da NR-15 do TEM.

Assevera que, com fulcro nas normas regulamentadoras do MTE, em especial, o anexo 14 da NR 15, faz jus ao pagamento dos referidos adicionais de insalubridade, bem como à incidência de seus reflexos nas demais verbas, quais sejam, férias, acrescidas do terço constitucional de décimo terceiro salários.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso, a fim de que a ação seja julgada procedente, condenando o município promovido ao pagamento dos adicionais de insalubridade à base de 20%, mais os reflexos nas demais verbas pleiteadas, quais sejam, férias, acrescidas do terço constitucional, 13º salários PIS/PASEP.

O **segundo apelante**, fls. 186/193, aduz que o contrato firmado entre o autor e a edilidade é nulo, ante a inexistência da realização de concurso público.

Alega que a parte promovente não faz jus a nenhuma verba remuneratória, aduzindo que não prestou concurso público, nem foi contratado em períodos de surtos de doenças ou calamidade pública.

Requer a reforma da sentença com a consequente improcedência da ação.

Contrarrazões ao segundo apelo, fls. 199/201.

Não foram ofertadas contrarrazões pelo Município, fl. 202.

A Procuradoria de Justiça entende não ser o caso de manifestação de mérito, fls. 208/212.

É o relatório.

V O T O

Exma. Des. Maria das Graças Morais Guedes - Relatora

De início, é relevante mencionar que a presente demanda foi originalmente intentada na Justiça do Trabalho, tendo os autos sido remetidos para esta Justiça Comum, ante a incompetência da Justiça Especializada.

Pois bem. Resta incontroverso nos autos que o autor ingressou no serviço público em 02/07/2001, fls. 12/23, no cargo de Agente Comunitário de Saúde, efetivado após ter sido submetido a um processo seletivo simplificado, fl. 33.

Neste cenário, pretende o reconhecimento do seu direito à percepção do adicional de insalubridade e seus reflexos, férias acrescidas do terço constitucional, 13º salários do período não prescrito e indenização compensatória pelo não cadastramento do PIS/PASEP.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação para

condenar a Edilidade ao pagamento de 13º salários e férias acrescidas de 1/3 constitucional, referente ao período efetivamente trabalhado pelo autor e inadimplido, excluído o período de incidência da prescrição quinquenal.

É contra esta decisão que as partes se insurgem. O promovente com objetivando a condenação da Municipalidade ao pagamento do adicional de insalubridade com a aplicação analógica da NR-15 do MTE, diante da lacuna de Lei Municipal disciplinando a matéria, assim como, ao pagamento do 13º salário, férias + 1/3 e PIS/PASEP. Por sua vez, o Município requer a improcedência da ação, alegando que o contrato firmado entre as partes é nulo.

Do primeiro apelo

No tocante ao **adicional de insalubridade** – e seus reflexos remuneratórios, indubitoso que sua concessão depende de lei específica.

O autor, primeiro apelante, a fim de sustentar seu direito ao recebimento do adicional de insalubridade, alega exercer a função de agente comunitário de saúde, estando, desse modo, exposto a agentes insalubres.

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 do demandante exercer a função de agente comunitário de saúde, conseqüentemente, estar exposto 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 de insalubridade ao demandante, não infringe nenhuma norma legal, não

gerando, por conseguinte, nenhum direito de recebimento do referido adicional.

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), tal situação só é cabível quando, a lei específica autorizar a aplicação por analogia da norma regulamentadora, que *in casu* é inexistente.

Percebe-se, pois, que o reconhecimento do direito ao adicional de insalubridade – e seus reflexos sobre as demais verbas pleiteadas (13º salário, férias, e 1/3 de férias) e sua classificação somente será viável mediante reconhecimento pela própria Administração.

Diferente não é o entendimento deste egrégio Tribunal de
Justiça:

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)

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Ausência de previsão legal que possibilite a concessão do benefício.** Inovação recursal. Preclusão. Fixação em salário mínimo. (TJPB; AGInt 025.2011.002026-7/001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. José Ricardo Porto; DJPB 27/02/2012; Pág.)

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 7º, INCISO XXIII, DA CRFB. PAGAMENTO DE FÉRIAS EM DOBRO. SERVIDOR ESTATUÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ARTIGO 21 DO CPC. MANUTENÇÃO DA DECISUM. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO AO RECURSO. O princípio da legalidade é base de todos os demais princípios que instruem, limitam e vinculam as atividades administrativas, só podendo a Administração atuar secundum legem. **Para os servidores ocupantes de cargo público, o pagamento do adicional de insalubridade pela Administração depende de previsão legal do ente federado.** O pagamento dobrado de férias restringe-se aos trabalhadores contratados pelo regime celetista, o que resta inviável sua concessão aos servidores estatutário. O artigo 21 do Código de Processo Civil estabelece que se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. TJPB - Acórdão do processo nº 10720110001545001 - Órgão (2 CAMARA CIVEL) - Relator DESA MARIA DE FÁTIMA MORAES BEZERRA CAVALCANTI - j. Em 06/07/2012.

Diante de todo o exposto, 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 autor ao pagamento deste benefício e seus reflexos, impondo-se a manutenção da sentença neste aspecto.

PIS/PASEP

Agiu com zelo o magistrado *a quo* quando não condenou a edilidade a indenizar o autor pelo não cadastramento do PIS, no entanto, equivocou-se quando não observou a inscrição no PASEP.

O PIS (Programa de Integração Social) é um benefício concedido anualmente aos trabalhos regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas e aos servidores públicos celetistas. Já o PASEP (Programa de

Formação do Patrimônio do Servidor Público) é voltado para os servidores públicos, como é o caso do autor, que prestou processo seletivo.

Nesse sentido:

REMESSA DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO. É inaplicável o duplo grau de jurisdição obrigatório quando a condenação é inferior a sessenta salários mínimos, conforme inteligência do art. 475, § 2º, do cpc e a súmula nº 303, i, a, do colendo tst. Agente comunitário de saúde. Contrato de trabalho. Seleção simplificada. Validade. Reputa-se válido o contrato **de trabalho de agente de saúde que adentrou em emprego público por meio de seleção simplificada, tendo em vista o disposto na emenda constitucional nº 51/2006. Indenização do pis/pasep. Não só a falta de cadastramento no programa, mas também a omissão na prestação das informações na rais, dá ensejo ao pagamento de uma indenização substitutiva pelos prejuízos causados ao obreiro decorrentes desta omissão, por força dos arts. 186 e 927, do cc. (TRT 22ª R.; RORORXOF 0001123-52.2012.5.22.0106; Primeira Turma; Relª Desª Enedina Maria Gomes dos Santos; Julg. 30/09/2013; DEJTPI 09/10/2013; Pág. 113)**

AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADMISSÃO MEDIANTE PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. VALIDADE DA CONTRATAÇÃO. PERÍODO CLANDESTINO RECONHECIDO. ANOTAÇÃO DA CTPS. PERTINÊNCIA. O ordenamento jurídico admite o processo seletivo para o ingresso de trabalhadores no cargo de agente comunitário de saúde, equiparando tal seleção ao concurso público, permanecendo incólume o art. 37, ii, da cf, haja vista que as admissões anteriores à emenda constitucional n. 51 foram convalidadas. Neste trilhar, ante a regularidade da contratação, mostra-se cabível que as anotações na carteira de trabalho revolvam à data do ingresso originário. Pis/pasep. **Indenização. Não formalização do liame empregatício na época própria. Condenação devida relativamente às parcelas imprescritas. Considerando que o reclamado não formalizou o ajuste na época própria, concorrendo, portanto, para que a parte trabalhadora não percebesse oportunamente o abono pis/pasep, mostra-se adequado ampliar a condenação nesse aspecto, a fim de que a indenização substitutiva corresponda a um salário mínimo por ano, excluídas as prestações já extintas pelo decurso do prazo quinquenal de prescrição. (TRT 22ª R.; RO 0001130-44.2012.5.22.0106; Segunda Turma;**

Portanto, como a edilidade não provou o cadastramento do autor no PASEP, esta deve ser compelida a regularizar a situação e, em consequência, pagar os valores desse benefícios ao requerente, no importe de 1 salário mínimo ao ano, a partir da data em que foi nomeado, fl. 33.

Do segundo apelo

Argumenta o Município que, sendo o contrato nulo, não há que se falar em procedência da ação.

O art. 37, §2º, da Constituição Federal, normatiza 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 preencham 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;”

Como se vê, 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, resta incontroversa a nulidade do referido contrato até 26.06.2008, quando o recorrente foi nomeado para o cargo de Agente Comunitário de Saúde, após ter sido submetido a um processo seletivo simplificado, fl. 33.

No entanto, mesmo no período declarado nulo (anterior ao processo seletivo), não restam dúvidas que qualquer exercício de força de trabalho empregado por trabalhador urbano ou rural, celetista ou estatutário, deve ser remunerada, sob pena de enriquecimento sem causa da edilidade.

Ademais, em se tratando de relação de trabalho, é cediço que cabe à edilidade provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos pleiteados pelos servidores.

In casu, tratando-se de pedido de pagamento de verbas salariais devidas (13º salário e férias acrescidas do terço constitucional), não há que se atribuir ao servidor o ônus de comprovar a falta de pagamento, sendo-lhe suficiente demonstrar o seu vínculo junto ao Município, o que fez através dos contracheques de fls. 12/23.

Repisa-se, pois, que cabia ao ente municipal, ao tentar se eximir do pagamento das verbas pleiteadas, colacionar documentos hábeis, comprovando a quitação do débito, ou fazer prova de que não teve acesso aos documentos. E, consoante se atesta dos autos, isso não ocorreu.

Como se constata, o recorrente não se desincumbiu do encargo de desconstituir o alegado pelo autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, que assim dispõe:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Ademais, 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, pois quando excepciona o juízo, nasce para o mesmo o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse, *in verbis*:

“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. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (*reus in exceptione actor est*).” (In. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, Revista dos Tribunais, 7. ed., São Paulo, 2003, p. 724

Nesta ordem de ideias, as verbas fixadas na sentença de primeiro grau (13ª salários e férias acrescidas de um terço) são realmente devidas ao servidor, devendo o seu pagamento ser efetuado pelo ente municipal, por

não ter este trazido aos autos prova suficiente a contrarias os argumentos acima tangidos, observada a prescrição quinquenal.

Ressalte-se, por fim, que não houve insurgência de nenhuma das partes quanto a eventual depósito de FGTS.

Por fim, mantenho os honorários advocatícios na forma arbitrada pelo juízo de 1º grau, porquanto arbitrados dentro da razoabilidade e em observância os critérios legais.

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO interposto pelo autor** para condenar o município a pagar os valores do PASEP, no importe de 1 salário mínimo ao ano, a partir da data em que foi nomeado, fl. 33, **ao tempo em que NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO interposta pelo Município**, mantendo os demais termos da sentença.

É como voto.

Presidi a sessão Ordinária desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba realizada no dia 02 de setembro de 2014, conforme Certidão do julgamento de f. 223. Participaram do julgamento, além desta relatora, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida (juiz convocado para substituir o Exmo. Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides) e o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz. Presente à sessão, o Exmo. Sr. Dr. Francisco Paulo Lavor, Promotor de Justiça convocado.

Gabinete no TJPB, João Pessoa, 04 de setembro de 2014.

Desa. Maria das Graças Morais Guedes
Relatora