



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

A C Ó R D ã O

06

REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES CIVEIS nº 0001957-42.2012.815.0351

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
1ª APELANTE :Maria José Carvalho de Paiva
ADVOGADO :Marcos Antonio Inacio da Silva (OAB/PB 4007)
2º APELANTE :Município de Sapé
ADVOGADO :Leopoldo Wagner Andrade da Silveira – OAB/PB
5.863
APELADO :Os mesmos
REMETENTE :Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Sapé

CONSTITUCIONAL e
ADMINISTRATIVO – Remessa necessária e apelações cíveis – Ação ordinária de cobrança – Procedência parcial da pretensão deduzida na exordial - Agente comunitário de saúde – Contratação temporária – Posterior publicação da Lei Municipal n. 946/2007 instituindo o regime estatutário – Incorporação da autora ao quadro de servidores efetivos - Competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar a demanda referente as verbas de todo o período laborado em face do vínculo jurídico-administrativo - Pretensão ao adicional de insalubridade – Princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Lei local – Existência – Verba devida – 13º salários e terços de férias – Art. 7º, VIII e XVII, c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Pagamento não comprovado - Ônus do promovido (art. 373, II, CPC) – Valores devidos - PIS/PASEP – Obrigação do Ente Municipal em depositar

– Ausência de comprovação – Indenização devida – Provimento parcial da apelação cível da promovente e desprovimento do apelo do Município e da remessa.

- Por força da Lei Municipal n. 946/2007, a autora está submetida ao regime jurídico estatutário, não havendo dúvidas de que compete a esta Justiça julgar a presente causa no que pertine aos pedidos referentes ao período de sua vigência. Quanto aos pedidos relativos ao período anterior a vigência da referida lei, esta Justiça Estadual também é competente para julgá-los, eis que anteriormente a sua edição a autora era contratada temporariamente pela Administração Pública Municipal, de forma que a relação existente entre as partes sempre foi jurídico-administrativa.

- Para o Supremo Tribunal Federal, como não há na Constituição da República preceito que determine expressamente o pagamento de adicional de insalubridade aos servidores públicos civis, este só poderá ser concedido se houver previsão em lei.

– Conforme a súmula 42 do TJPB 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.

- O adicional de insalubridade consta expressamente previsto na Lei Municipal nº 946/2007 (art. 9º, parágrafo único), que instituiu os cargos de agente comunitário de saúde no âmbito do Município de Sapé/PB, em obediência à Emenda Constitucional n. 51 e à Lei Federal n. 11.350/2006.

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

- 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.

- O Ente Municipal possui a obrigação de depositar os valores referentes ao PIS/PASEP em benefício do servidor público que presta serviços a seu favor, a teor do que determina a Medida Provisória nº 665/2014, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no art. 239, §3º, da Constituição Federal.

- 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.

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 à apelação cível da promovente e negar provimento a apelação cível do Município e a remessa necessária, nos termos do voto do relator e de súmula de julgamento de fl. retro.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de apelações cíveis interposta por **MARIA JOSÉ DE CARVALHO DE PAIVA** e pelo **MUNICÍPIO DE SAPÉ** objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Sapé, nos autos da ação ordinária de cobrança, sob o nº. 0001957-42.2012.815.0351, movida pela 1ª apelante em face do 2º apelante.

Na sentença exarada às fls. 1061/1066, a juíza “a quo” declarou a incompetência absoluta do juízo para processar e julgar a causa no que tange aos pedidos de verbas concernentes ao período anterior à vigência da Lei Municipal n. 946/2007. Ademais, julgou parcialmente procedente os demais pedidos, condenando o promovido a pagar a autora as seguintes verbas: “a) adicional de insalubridade no grau médio – 20% (vinte por cento), abatidos os valores comprovadamente pagos, no período posterior a vigência da Lei Municipal n. 946/2007; b) décimos terceiros salários proporcionais relativos aos anos de 2007 (6/12 avos) e de 2009 (5/12 avos); c) décimo terceiro salário relativo ao ano de 2008; c) férias simples proporcionais acrescidas de um terço relativas aos anos de 2007 (6/12 avos) e de 2009 (5/12 avos); d) férias simples acrescidas de um terço relativa ao ano de 2008;”.

Condenou, ainda, o Município ao recolhimento à autarquia previdenciária competente da contribuição previdenciária da parte autora, observados os ditames legais e abatidos os valores comprovadamente recolhidos. Por fim, condenou o promovido ao pagamento de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) a título de honorários advocatícios.

Inconformado com a r. sentença, a parte autora apelou, alegando, inicialmente, que esta Justiça Comum é competente para julgar os pedidos formulados de todo o período por ela laborado, eis que seu vínculo com a Municipalidade sempre foi jurídico-administrativo. Assim, requer a condenação da edilidade ao pagamento do adicional de insalubridade e das demais verbas pleiteadas de todo o período anterior ao quinquênio do ajuizamento da ação.

O Município promovido também apelou, aduzindo que a autora passou a receber o adicional de insalubridade em 2007, razão pela qual se mostra descabida qualquer condenação nesse sentido, além de afirmar que houve o adimplemento das verbas salariais (férias e 13º salário), pelo que pugnou pela improcedência do pedido.

Contrarrrazões pelo promovido às fls. 1099/1107 e pela promovente à fl. 1109.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça, alegando inexistir interesse do “parquet”, deixou de opinar sobre a demanda (fl. 1118).

É o relatório.

VOTO.

“Ab initio”, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do regime jurídico a que estão submetidos os agentes comunitários de saúde do Município de Sapé, a fim de analisar se esta Justiça Comum Estadual é competente para julgar os pedidos formulados pela autora referentes ao período anterior a vigência da Lei Municipal n. 946/2007.

Pois bem. O § 5º do art. 198 da Constituição Federal prevê que *“Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde”*.

Regulamentando dito preceito constitucional, a Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, em seu art. 8º, dispõe que o regime de contratação dos agentes comunitários de saúde será o celetista, **salvo se lei local dispuser de forma diversa**. Veja-se:

“Art. 8º. Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4 do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.
(Grifei)

*Art. 9º A contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Parágrafo único. **Caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada***

caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se como tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no caput.

Vê-se que referida lei preservou a autonomia dos entes federados, na medida em que os autorizou a, por meio de lei local, submeter os seus agentes comunitários de saúde a regime jurídico diverso do estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O STJ, no julgamento do AgRg no CC n. 126.296/PE, assentou o entendimento de que a Lei n. 11.350 /06 não equiparou os contratos celebrados anteriormente à sua vigência como celetista, de forma explícita ou implícita. Pelo contrário, na Exposição de Motivos da citada norma legal, o legislador ordinário estabeleceu que os gestores locais ficariam impedidos de regular a situação dos vínculos trabalhistas desses profissionais.

E nesse raciocínio, entende o STJ que, em se tratando de contratação temporária, amparada no art. 37, IX da Constituição da República, efetuada antes da vigência da Lei n. 11.350/06, a superveniência desse diploma legal não transmudou o regime jurídico-administrativo em celetista, permanecendo, de tal sorte, as ações referentes a tal período sujeitas à competência da Justiça Comum, consoante os fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

AGRAVO
REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE
COMPETÊNCIA AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE.
LEI MUNICIPAL Nº 1.670 /2006 QUE CRIOU CARGOS
DE PROVIMENTO EFETIVO NO QUADRO
PERMANENTE DE PESSOAL NO MUNICÍPIO. 1.
Analisa-se qual a natureza do vínculo existente entre o ente
municipal e a reclamante (admitida em 28 de junho de 1988
como agente comunitário de saúde), nos autos de conflito
negativo de competência instaurado entre o Juízo de Direito
da 1ª Vara de Belo Jardim - PE e o Juízo da 1ª Vara do
Trabalho de Belo Jardim-PE. 2. O Município reclamado, por
meio da Lei n. 1.670/2006, submeteu os ocupantes de
agente comunitário de saúde ao regime estatutário, razão
pela qual a competência para o julgamento do feito é do
Juízo Comum. 3. Quanto ao período anterior à lei
municipal, também é da Justiça Comum Estadual a
competência para julgar a respeito dos pedidos relativos ao
período em que a reclamante foi contratada
temporariamente, ou seja, de forma precária, conforme
estabelecido no art. 37, IX, da CF, ante a relação jurídico-

administrativa entre os demandantes. 4. Não há possibilidade da transmutação do regime jurídico-administrativo, cuja relação era reconhecidamente precária, estabelecida na Lei Federal 11.350/2006, para o regime celetista, se, no caso concreto, a contratação se deu antes da edição da aludida disciplina legislativa. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no CC 126.296/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/11/2013, DJe 05/02/2014)

Em caso semelhante ao dos autos, no Julgamento do conflito de competência suscitado pelo Juízo da Comarca de Rio Tinto/PB, sob a relatoria da Ministra Regina Helena Costa, o STJ declarou a competência da Justiça comum, entendendo que não houve “transmutação de regime”, porquanto a contratação anterior foi para atender necessidade de excepcional interesse público. (CC 151767 PB 2017/0079158-8 - MINISTRA REGINA HELENA COSTA Relatora - Publicação DJ 26/04/2017).

Na hipótese dos autos, verifica-se prova bastante da subsunção da situação da demandante ao parágrafo único do art. 2º da EC nº 51/2006, haja vista que o Decreto nº 2107/2007 do Município de Sapé elencou determinados requisitos para que os contratados permanecessem exercendo as funções de agente comunitário de saúde. E, ainda, da documentação constante nos autos verifica-se que a promovente foi submetida a processo seletivo, pelo que houve inicialmente contratação temporária, cuja situação foi regulada pela Lei Municipal nº 946/2007.

Portanto, certo é que a autora, por força da referida Lei Municipal, está submetida ao regime jurídico estatutário, não havendo dúvidas de que compete a esta Justiça julgar a presente causa no que pertine aos pedidos referentes ao período de vigência da Lei Municipal n. 946/2007.

Quanto aos pedidos relativos ao período anterior a vigência da referida lei, tenho que esta Justiça Estadual também é competente para julgá-los. É que anteriormente a lei municipal que criou os cargos de agente comunitário de saúde a autora era contratada precariamente pela Administração Pública Municipal, de forma que a relação existente entre as partes era jurídico-administrativa.

Da análise dos autos, verifica-se que a autora havia sido contratado em 1999 pelo município recorrido em face de aprovação em anterior processo seletivo, ou seja, foi contratado temporariamente, conforme estabelecido no art. 37, IX, da Constituição Federal.

Impende ressaltar que há possibilidade do desvirtuamento do contrato temporário contaminar o vínculo, porém, mesmo nestes casos, não há modificação de sua natureza temporária.

Por essas razões, considerando o fato de a promovente ter sido admitida como servidora temporária, merece reforma a sentença quanto ao entendimento de que essa Justiça Comum Estadual não é competente para julgar os pedidos relacionados ao período anterior a vigência da Lei Municipal n. 946/2007, eis que em todo o período laborado pela autora fora ela regida pelo regime jurídico-administrativo.

Nesse sentido, seguem os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS COMUM ESTADUAL E TRABALHISTA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME ESTATUTÁRIO. POSTERIOR PUBLICAÇÃO DA LEI N. 11.350/2006. APLICAÇÃO DO REGIME CELETISTA APENAS EM CASOS EM QUE O ESTADO OU MUNICÍPIO NÃO TENHA REGIME PRÓPRIO, EM SENTIDO DIVERSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º DA CITADA LEI. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 8º da Lei nº 11.350/2006 estabeleceu o regime celetista nas hipóteses de contratação de agente comunitário de saúde, salvo se o ente público adotar forma diversa por meio de lei local, nos seguintes termos: Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.

Ou seja: será celetista o regime aplicável apenas se Estados, Distrito Federal e Municípios não dispuserem de forma diversa.

2. O Município editou a Lei n. 2.899/1990, tratando do regime jurídico de seus servidores, prevendo que tais agentes públicos se submeteriam ao regime jurídico estatutário. Ainda mais, o Município de Canoas editou, em 2007, a Lei n. 5.215 que criou, entre outros, 310 empregos de agentes comunitários de saúde. Tal lei, em

seus arts. 1º e 2º, são extremamente claros, quanto ao regime jurídico aplicável à categoria de servidor público em análise: Art. 1º São criados dez (10) cargos de Assessor de Gestão em Saúde; trezentos e dez (310) empregos de Agentes Comunitários de Saúde; quatro (04) empregos de Monitor e quarenta (40) empregos de Visitador do Programa Primeira Infância Melhor no Município de Canoas, que observarão o regime e padrões de vencimentos definidos nesta lei.

Art. 2º A atividade de Agente Comunitário de Saúde, nos termos desta Lei constitui função pública, e dar-se-á exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, em Programas cuja execução seja de responsabilidade deste Município, mediante vínculo direto entre os referidos Agentes e administração direta.

3. Portanto, seja em função da Lei Federal n. 11.350/06, seja em razão das Leis Municipais, em especial a Lei n. 5.215/2007, o regime jurídico aplicável à parte reclamante é o estatutário, o que, por conseguinte, implica a competência da Justiça Estadual.

4. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no CC 136.320/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014)” (grifei)

Mais:

“AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZO DE DIREITO E JUÍZO TRABALHISTA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR TEMPORÁRIO. VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARADIGMA: AGRG NO CC 126.296/PE, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 05.02.2014. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO ESTADUAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão nos autos da ADI 3.395/DF, referendou liminar anteriormente concedida, que suspendera qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF, alterado pela EC 45/2004, que atribuisse à Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

2. **Confirmando esse entendimento a Primeira Seção, sob a Relatoria do Ministro BENEDITO GONÇALVES, ao julgar o CC 126.296/PE, dirimiu a controvérsia para fixar a competência da Justiça**

Estadual, asseverando que, quanto ao período anterior à lei municipal, também é da Justiça Comum Estadual a competência para julgar a respeito dos pedidos relativos ao período em que a reclamante foi contratada temporariamente, ou seja, de forma precária, conforme estabelecido no art. 37, IX, da CF, ante a relação jurídico-administrativa entre os demandantes (cf. AgRg no CC 126.296/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 05.02.2014).

3. Agravo Regimental provido para declarar competente para processar e julgar a presente demanda o JUÍZO DE DIREITO DA 5a.

VARA DE PATOS /PB.

(AgRg no CC 125.337/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 27/03/2015)” (grifei)

Por fim:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUÍZO LABORAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. SERVIDOR TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL 1.670/2006, DE BELO JARDIM/PE. SUBMISSÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A determinação da competência para o processo e o julgamento das demandas envolvendo direitos decorrentes da relação de trabalho entre servidores públicos e a Administração Pública depende do vínculo estabelecido entre eles.

2. O STF, no julgamento da ADI 3.395/DF, em 05.04.2006, referendou liminar anteriormente concedida, que suspendera qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF, alterado pela EC 45/2004, que atribuísse à Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

3. Tem-se, pois, que, se o vínculo estabelecido entre o Poder Público e o servidor for estatutário ou de caráter jurídico-administrativo, a competência para análise das controvérsias trabalhistas será da Justiça Comum (Estadual ou Federal), ao passo que, na hipótese de vínculo trabalhista, regido pela CLT, caberá à Justiça laboral o julgamento dos litígios daí advindos.

4. O Município agravado, por meio da Lei 1.670/2006, do Município de Belo Jardim/PE, submeteu os

ocupantes de agente comunitário de saúde ao regime estatutário, razão pela qual a competência para o julgamento do feito é do Juízo Comum.

5. No tocante ao período anterior à referida lei municipal, também é da Justiça Comum Estadual a competência para julgar a respeito dos pedidos relativos ao período em que a reclamante foi contratada temporariamente, ou seja, de forma precária, conforme estabelecido no art. 37, IX, da CF, ante a relação jurídico-administrativa entre os demandantes. Precedente: AgRg no CC 126.296/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 05.02.2014.

6. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no CC 126.125/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 30/04/2014)” (grifei)

Feitas essas considerações, passa-se a análise da controvérsia dos autos, qual seja, saber se tem a autora direito à percepção de adicional de insalubridade, décimo terceiro, férias e os respectivos terços, bem como indenização pela não inscrição no PIS/PASEP, de todo o período laborado, observada a prescrição quinquenal.

Do adicional de insalubridade

A autora pugna pela reforma da sentença, requerendo a condenação da municipalidade ao pagamento do adicional de insalubridade de todo o período anterior ao quinquênio do ajuizamento da ação. Aduz que possui direito a sua percepção antes mesmo da vigência da Lei Municipal n. 946/2007, com base na Lei Complementar Municipal n. 001/2002.

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 constitucional¹, 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). Ou seja, é patente que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inc. 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.

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/88².

¹ “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 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.”.

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, consoante **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, “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”³.

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 da autora/apelante dependeria de lei específica local, regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual, cuja existência restou devidamente comprovada, no art. 9º, parágrafo único da Lei Municipal nº 946/2007.

Recentemente, o Tribunal Pleno desta Corte de Justiça julgou Incidente de Uniformização de Jurisprudência, processo nº 2000622-03.2013.815.0000, no qual foi aprovado a seguinte súmula:

“Súmula n. 42 - 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”.

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.

² “**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:”.

³ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

Assim, descabida a pretensão autoral no sentido de pagamento do adicional de insalubridade sobre todo o período laboral.

Dos 13º salários e terços de férias

No tocante aos pedidos de pagamento dos terços de férias e décimo terceiro salário, é devido à autora, uma vez que, pelos serviços prestados, faz *jus* o trabalhador não apenas ao seu salário, mas a outros direitos sociais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral.

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, e o décimo terceiro salário (art. 7º, VIII e XVII, da Constituição Federal).

Sobre o terço de férias, 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 Estado⁴”*.

Impende ressaltar, mais uma vez, que, de fato, há possibilidade do desvirtuamento do contrato temporário contaminar o vínculo, em face das sucessivas prorrogações do contrato sem especificação da contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, porém, mesmo nestes casos, não há modificação da natureza de contrato temporário.

⁴RE 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

Justiça:

Nesse sentido, eis julgado desta Corte de

“RECURSO OFICIAL E APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. CONTRATO TEMPORÁRIO. CARÁTER JURÍDICO ADMINISTRATIVO. RECONHECIMENTO. FGTS E PIS. VERBAS PRÓPRIAS DO REGIME CELETISTA. DESCABIMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ENTENDIMENTO SUMULADO DO TJPB. 13º SALÁRIO, FÉRIAS E TERÇO CONSTITUCIONAL. PAGAMENTO NÃO COMPROVADO. ÔNUS CABÍVEL À EDILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DO CPC. VERBAS DEVIDAS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97, ALTERADO PELO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO DO ART. 557, §1º-A, DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. - O servidor público, contratado temporariamente, sujeita-se ao regime estatutário, não sendo devidas as verbas próprias da CLT. A contratação, ainda que irregular, não altera a natureza jurídica do contrato firmado entre as partes. - Nos termos da linha jurisprudencial uniformizada da Egrégia Corte de Justiça da Paraíba, emerge o seguinte entendimento sumulado: "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"1. - Em não havendo previsão específica da legislação do Município de Alagoinha acerca da extensão do adicional de insalubridade à categoria dos agentes comunitários (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009959120128150521, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOÃO ALVES DA SILVA, j. em 13-09-2016)” (grifei)

Ademais, de fato, incumbia ao Município fazer a prova do pagamento, considerando que a autora somente é exigida a comprovação do fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do CPC), o que foi feito mediante a certeza dos trabalhos prestados. Em contrapartida, o promovido não comprovou haver pago as referidas verbas, nos termos do art. 373, II do CPC.

Nesse passo, deve a edilidade providenciar o adimplemento dos terços constitucionais e 13º salários, sob pena de locupletamento indevido, observando-se, contudo, o interregno prescricional

de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Da indenização compensatória pelo não recolhimento do PIS/PASEP

No que diz respeito à indenização pela não inscrição da autora no PIS/PASEP, esta Egrégia 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 art. 239, § 3º, da Constituição Federal assim dispõe:

"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. (Regulamento)

[...]

§ 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."

Assim, sendo a autora servidora pública municipal deveria o Município tê-la inscrito no programa, bem como recolher as contribuições devidas, o que torna indene sua legitimidade para responder pelo PASEP da requerente.

Registre-se, ainda, que após cinco anos de cadastro no PASEP os servidores têm direito a um abono salarial correspondente a um salário mínimo vigente anual conforme a inteligência da 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, parágrafo 3º, da Constituição Federal:

"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.”

Portanto, não havendo a autora percebido os valores que lhe eram devidos pela omissão do Município em providenciar o seu cadastramento no Programa de Formação do Servidor Público (PASEP), deve este arcar com a indenização ao requerente de forma proporcional ao período trabalhado.

Em casos análogos esta Câmara vem decidindo neste sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE MUNICÍPIO DE PATOS. VANTAGEM INSTITUÍDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 3.927/2010. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. PAGAMENTO DEVIDO COM REFLEXOS NO TERÇO DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO. **INDENIZAÇÃO DO PIS/PASEP. PAGAMENTO DEVIDO. FÉRIAS. NÃO DEVIDAS. CONFISSÃO DO SEU RECEBIMENTO PELA AUTORA. TERÇO CONSTITUCIONAL E 13º SALÁRIOS. ADIMPLEMENTO PARCIALMENTE DEMONSTRADO. VERBAS DEVIDAS QUANTO AOS DEMAIS PERÍODOS NÃO PAGOS. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DE CADA INADIMPLEMENTO COM BASE NA REDAÇÃO ANTERIOR DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO BÁSICA E PERCENTUAL DA CADERNETA DE POUPANÇA APENAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.960/2009. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA VERIFICADA. APELO AUTORA E REMESSA DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDOS.***

- Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, § 3º, da Constituição da República, os agentes públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda.

- A partir da edição da Lei Municipal nº 3.927/2010, é devido aos agentes comunitários de saúde o adicional pelo desempenho de atividade insalutífera, no valor de

R\$ 108,00 (cento e oito reais), sendo cabível seus reflexos sobre o terço de férias e décimo terceiro salário.

- **O Município possui a obrigação de depositar os valores referentes ao referido programa em benefício do servidor público que presta serviços a seu favor, a teor do que determina a Lei 7.859/89, que regula a concessão e o pagamento do abono previsto no artigo 239, § 3º, da Constituição Federal.**

- O 13º salário e o terço de férias são garantias constitucionalmente garantidas aos trabalhadores celetistas e extensíveis àqueles com vínculo jurídico-administrativo, nos termos do art. 39, §3º, da Constituição Federal de 1988. - A confissão da promovente quanto ao recebimento das férias obstacula o deferimento dessa verba.

- As fichas financeiras juntadas aos autos demonstram o pagamento parcial das verbas relativas ao terço de férias constitucional e ao 13º salário, de modo que as parcelas referentes aos períodos não abrangidos pelos extratos devem ser adimplidos pelo Município.

- Como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária, os juros moratórios e correção monetária das verbas reconhecidas devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência. Já o período anterior deve observar a redação antiga. - Havendo sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, na medida da derrota de cada parte, conforme o disposto no caput do art. 21 do CPC.

(TJPB; ROAC 0002532-59.2012.815.0251; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigreiro do Valle Filho; DJPB 21/05/2014). (Grifei).

DISPOSITIVO

Por essas razões, **NEGA-SE PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E AO RECURSO APELATÓRIO APRESENTADO PELO MUNICÍPIO E DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO APELO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA**, para condenar o Município:

a) a indenizar a promovente para indenizar à mesma nos valores referentes ao pagamento do abono PASEP, no período anterior a Lei nº 946/2007 e não atingido pela prescrição;

b) ao pagamento do décimo terceiro salário e férias acrescidos de um terço, observando a prescrição quinquenal.

Na hipótese, tendo em vista a nova solução dada à demanda, condeno o promovido a pagar honorários advocatícios, mas, em face do que prevê o inciso II do § 4º do art. 85 do NCP⁵, fica a definição do seu percentual reservada ao momento da liquidação desta decisão. Isenta a Fazenda Municipal do pagamento das custas processuais (art. 29 da Lei Estadual nº 5.672/1992).

Como a condenação imposta à Municipalidade não é de natureza tributária, os juros moratórios devem ser calculados de acordo com os novos critérios fixados pelo art. 5º da Lei n.º 11.960/09, ou seja, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, contados a partir da citação, bem como que a correção monetária, face à declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, deve ser calculada com base no IPCA-E, a partir da data em que o pagamento deveria ter sido realizado.

É como voto.

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

⁵Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado: (grifei)

Presente ao julgamento, a Exma Dr. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 07 de agosto de 2018.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator

