



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

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012556-32.2015.815.2001

Origem : 6ª Vara da Comarca de João Pessoa
Relator : Dr. Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz convocado para substituir a Exma. Des. Maria das Graças Morais Guedes)
Apelante : Município de João Pessoa, representado por seu Procurador Ademar Azevedo Régis
Apelada : Mikarla Rosa de Oliveira Silva
Advogado : Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva (OAB/PB Nº 11.589)

PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE. ARGUIÇÃO DESPROPOSITADA. RAZÕES ASSOCIADAS E QUE DEMONSTRAM A INSATISFAÇÃO COM SENTENÇA. REJEIÇÃO.

- Não há como acolher a pretensão de ofensa a dialeticidade, tendo em vista que as razões recursais se encontram associadas ao tema abordado.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. VÍNCULO DE NATUREZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO.

Sendo a natureza do vínculo estabelecido entre as partes de índole jurídico-administrativa, não há que se falar em incompetência da Justiça Comum Estadual.

PREJUDICIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ACOLHIMENTO.

STJ, Súmula 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

MÉRITO. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LEI MUNICIPAL N° 11.821/2009. IMPLANTAÇÃO DEVIDA. DEMONSTRAÇÃO DE PAGAMENTO DE ALGUMAS VERBAS PRETENDIDAS. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

- Comprovada da existência de disposição legal Municipal, assegurando à determinada categoria profissional a percepção do adicional de insalubridade, essa prestação é devida no percentual especificado.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

A C O R D A a egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, **em rejeitar as preliminares de ausência de dialeticidade e de incompetência da Justiça Comum Estadual, acolher a prejudicial de prescrição quinquenal, e, no**

mérito, dar provimento parcial ao recurso.

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Cível** interposta pelo **Município de João Pessoa** hostilizando sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital (fls. 31/36) que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada por **Mikarla Rosa de Oliveira Silva**, julgou procedentes os pedidos, *“condenando o promovido ao pagamento correto do adicional de insalubridade e com a incidência nas verbas de 13º salário, férias, 1/3 de férias, tudo com os respectivos acréscimos legais”*. Condenou ainda a edilidade em honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% do valor do crédito apurado, considerando o art. 20, §3º do CPC/1973.

Em suas razões, fls. 37/49, o município réu argui a **preliminar de incompetência da Justiça Comum Estadual**, afirmando que *“o vínculo estabelecido entre o Município e todos os agentes comunitários de saúde não tem natureza estatutária, e sim celetista.”*

Argui **preliminar de carência de ação por falta de interesse processual**, aduzindo que *“As fichas financeiras do apelado, constantes dos autos (fls. 24/30) comprovam que o respectivo agente comunitário de saúde vem recebendo desde 2010 (ou seja, há mais de 05 anos do ajuizamento da ação) adicional de insalubridade mensal no importe de 20% de seu vencimento; bem como que tais valores estão repercutindo no cálculo do valor das férias remuneradas acrescidas de 1/3 e do 13º salário.”*

Levanta, ainda, **prejudicial de prescrição quinquenal**.

No mérito, alega que as verbas pleiteadas pela autora estão sendo pagas desde 2010 e que deve ser reconhecida a sucumbência recíproca.

Contrarrazões apresentadas pela autora, fls. 51/59,

sustentando, preliminarmente, a ausência de dialeticidade. No mérito, requer o desprovimento do recurso e a majoração dos honorários sucumbenciais.

Parecer Ministerial pelo acolhimento da preliminar de ausência de dialeticidade. “*Não acolhida a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade*”, pela rejeição da preliminar de incompetência da Justiça Comum e rejeição da prejudicial de prescrição. Sem manifestação meritória.

É o relatório.

V O T O

Exmo. Dr. Eduardo José de Carvalho Soares – Juiz convocado/Relator.

Inicialmente, é preciso ressaltar que a admissibilidade recursal deve ser feita com base no Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação da decisão recorrida (fl. 36-v), conforme já se manifestou o STJ ao publicar o enunciado a seguir:

Enunciado Administrativo Número 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.”

Do mesmo modo, as questões processuais do período em que o feito esteve na instância *a quo* serão analisadas utilizando como referência aquele diploma.

Feito esse registro passo à análise do recurso.

Preliminar de ofensa ao Princípio da Dialeticidade suscitada em contrarrazões.

Não há como acolher a pretensão, tendo em vista que as razões recursais se encontram associadas ao tema abordado, porquanto o Município sustenta em seu recurso que desde agosto de 2010 vem efetuando o pagamento regular do Adicional de Qualificação, inclusive com incidência sobre 13º salário, férias e seu terço constitucional, devendo ser reformada a sentença.

Em sendo assim, **rejeito a preliminar.**

Preliminar de incompetência da Justiça Comum Estadual.

Não há que se falar em incompetência da Justiça Comum Estadual pois, conforme contracheque de fl. 09, a natureza do vínculo estabelecido entre as partes é de índole jurídico-administrativa.

Assim sendo, **rejeito a preliminar.**

Prejudicial de prescrição quinquenal.

Faz-se fundamental destacar a natureza administrativa da presente causa, segundo a qual, figurando como parte a Fazenda Pública, o prazo prescricional aplicável passa a ser de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 1º, do Decreto Lei n. 20.910/1932.

A propósito:

STJ, Súmula 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido

negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Isto posto, **acolho a preliminar** para determinar que, em eventual condenação, deve ser observada a prescrição quinquenal.

A Preliminar de carência de ação por falta de interesse processual confunde-se com o mérito, motivo pelo qual serão conjuntamente analisados.

Mérito.

Contam os autos que **Mikarla Rosa de Oliveira Silva** ajuizou Ação Ordinária em face do Município de João Pessoa, requerendo o correto pagamento do adicional de insalubridade, com a incidência dos respectivos reflexos sobre o 13º salário, férias e terço constitucional, abrangendo o período não prescrito, com juros e correção monetária.

O magistrado sentenciante julgou procedentes os pedidos *“condenando o promovido ao pagamento correto do adicional de insalubridade e com a incidência nas verbas de 13º salário, férias, 1/3 de férias, tudo com os respectivos acréscimos legais”*. Condenou ainda a edilidade em honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% do valor do crédito apurado, considerando o art. 20, §3º do CPC/1973.

Assevera o apelante que *“As fichas financeiras do apelado, constantes dos autos (fls. 24/30) comprovam que o respectivo agente comunitário de saúde vem recebendo desde 2010 (ou seja, há mais de 05 anos do ajuizamento da ação) adicional de insalubridade mensal no importe de 20% de seu vencimento; bem como que tais valores estão repercutindo no cálculo do valor das férias remuneradas acrescidas de 1/3 e do 13º salário.”*.

Pois bem.

A autora é servidora do Município de João Pessoa, ocupando o cargo de Agente Comunitário de Saúde.

Sendo indiscutível o vínculo da servidora com a Administração Municipal, cabe à Edilidade fazer prova de fato que impeça, modifique ou extinga o direito firmado pela autora, nos ditames do art. 333 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente à época da sentença. Vejamos:

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.

É cediço que a municipalidade é detentora do controle dos documentos públicos, sendo seu dever comprovar o efetivo pagamento das verbas reclamadas pela demandante que demonstra o vínculo com a administração municipal. Nesse norte, confirmam-se os julgados seguintes:

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL. VERBAS SALARIAIS INADIMPLIDAS. procedência. SUBLEVAÇÃO. salários retidos. PAGAMENTO NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS DO ENTE PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO APELO. - **Não tendo o ente municipal comprovado o pagamento dos salários dos meses de novembro e dezembro do ano de 2008, tampouco a não prestação dos serviços pelo servidor, deve ser mantida sentença que determinou ser efetuado o pagamento dos salários não adimplidos.** (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00004861220098150281, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator

DES FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO , j.
em 17-05-2016)

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRESENÇA DO BINÔMIO NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. REJEIÇÃO. (...) MÉRITO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO EM COMISSÃO. **COBRANÇA DE SALÁRIO RETIDO, FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO.** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMPROVADA PELO AUTOR. **ADIMPLEMENTO NÃO COMPROVADO.** ÔNUS DO ENTE MUNICIPAL. ART. 333, INCISO II, DO CPC. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO E DA REMESSA NECESSÁRIA. Cabe ao ente municipal a produção de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos servidores, em face à natural e evidente fragilidade probatória destes. **Não havendo efetiva comprovação do adimplemento de verbas remuneratórias, tem-se que ainda devidas pelo mau pagador.** - Evoca-se, neste contexto, a vedação do enriquecimento ilícito, princípio basilar do direito pátrio, a coibir quaisquer vantagens ou acréscimo de bens em detrimento de outrem, sem uma justa causa, não podendo o apelante locupletar-se às custas da exploração da força de trabalho humano. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009393120138150551, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO , j. em 26-04-2016)

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTADORA DE SERVIÇOS. INGRESSO MEDIANTE CONTRATO TEMPORÁRIO. **DIREITO AO SALÁRIO RETIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA.**

ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESTE SODALÍCIO. FGTS. SÚMULA 466 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/90. EXTENSÃO AOS CONTRATOS NULOS. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO OFICIAL. - É direito de todo servidor público perceber seu salário pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna, considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada. - Levando-se em conta que a alegação de pagamento de verbas trabalhistas representa fato extintivo de direito, compete ao empregador produzir provas capazes de elidir a presunção de veracidade existente em favor dos servidores, que buscam o recebimento das verbas salariais não pagas. Inteligência do art. 333, II, do Código de Processo Civil. - Não logrando êxito, a Fazenda, em comprovar a sua adimplência, é de se considerar devido o pagamento da verba salarial a que faz jus o servidor. Precedentes desta Corte de Justiça. - A despeito do reconhecimento da nulidade do contrato de trabalho originariamente firmado com a administração pública, tem direito o servidor ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Precedentes desta Corte. Reexame Necessário nº 0004963-94.2012.815.0371 - (...) (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00049639420128150371, - Não possui -, Relator DES JOSE RICARDO PORTO , j. em 17-07-2015)

O pagamento do adicional de insalubridade está previsto na Lei 11.821/2009, que assim dispôs:

Art. 1º Os servidores integrantes do quadro permanente, especial e suplementar da Prefeitura Municipal de João Pessoa, passam a fazer jus ao adicional de insalubridade e por trabalhos com

Raios X ou substâncias radioativas, concedido na forma, valor e critérios desta lei.

(...)

Art. 3º O grau de insalubridade será estabelecido pela Comissão de Insalubridade constituída através do ato do Chefe do Executivo Municipal, para os casos definidos nos incisos do art. 2º desta Lei, e calculados com base nos seguintes percentuais:

I - 05 (cinco), 10 (dez), ou 20 (vinte) por cento, no caso de gratificação de insalubridade nos graus mínimo, médio ou máximo, respectivamente, que será paga mensalmente sobre o vencimento básico do servidor estatutário que fizer jus;

II - No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada à percepção cumulativa.

Parágrafo Único - A Comissão prevista no caput deste artigo será formada por dois médicos de trabalho e por um engenheiro de segurança do trabalho.

No caso dos autos, tenho como incontroverso o direito da autora em perceber o adicional de insalubridade em seu grau médio, porquanto o próprio município afirma que já vem pagando a verba à autora no percentual de 20%, fato demonstrado pelas fichas financeiras de fls. 25/30 que comprovam o pagamento do adicional a partir agosto de 2010.

Todavia, analisando os documentos encartados aos autos, contato que a municipalidade não comprovou o correto pagamento do adicional, pois, apesar de a Lei 11.821/2009, ter sido publicada em dezembro de 2009, a referida verba só foi implantada no contracheque da autora em agosto de 2010.

Considerando que a ação foi ajuizada em 23/04/2015, entendo que, no período não prescrito (5 anos anteriores ao ajuizamento), não houve a comprovação do pagamento do adicional de insalubridade nos meses de maio, junho e julho de 2010.

De igual forma, não é possível afirmar que o Município de João Pessoa tenha pago o valor correto do adicional com reflexos no terço de férias no exercício de 2010, na medida em que o intitulado “*ABONO DE FERIAS REGULAR*” do respectivo exercício fora pago em julho/2010, antes da implantação do adicional que ocorreu em agosto/2010.

Com essas considerações, **rejeitadas as preliminares de ausência de dialeticidade e incompetência da Justiça Comum Estadual, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao apelo para acolher a prejudicial de prescrição quinquenal dos valores anteriores ao ajuizamento da ação.** No mérito, reformando a sentença, mantendo a condenação do município ao pagamento do valor correto do adicional referente aos meses de maio a julho de 2010, além do reflexo sobre o terço de férias no exercício de 2010 e 13º salários do período não prescrito, excluídas demais condenações. Por fim, considerando que houve sucumbência recíproca, os honorários advocatícios deverão ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes nos termos do art. 21, *caput* do Código de Processo Civil/1973, vigente à época da sentença.

É como voto.

Presidiu a Sessão Ordinária da Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba no dia 28 de agosto de 2018, O Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento o Exmo. Dr. Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz convocado em substituição a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes), o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides e o Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Presente à sessão, o Exmo. Dr. Rodrigo Marques da

Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

João Pessoa, 31 de agosto de 2018.

Dr. Eduardo José de Carvalho Soares
JUIZ CONVOCADO/RELATOR