



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ

Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0002842-81.2012.815.0181

Relator: Dr. João Batista Barbosa, Juiz Convocado em substituição ao Exmo. Des. José Aurélio da Cruz

Apelante: Maria do Socorro Gomes Lacerda

Advogado: Humberto Trocoli Neto

Apelado: Município de Cuitegi

Advogado: Antonio Teotonio de Assunção

Remetente: Juízo da 4ª Vara da Comarca de Guarabira

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA LOCAL REGULANDO OS PERCENTUAIS E GRAUS DE INSALUBRIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. FÉRIAS. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO. PROVA DE FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA EDILIDADE. ART. 333, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO APELO E DO REEXAME NECESSÁRIO.

– Tendo a recorrente impugnado as razões que levaram ao indeferimento do pedido, não há que se falar em ausência de dialeticidade, vez que os fundamentos expostos nas razões recursais não constituem repetições das questões postas na exordial.

– Não se desincumbindo a edilidade municipal de comprovar o adimplemento da obrigação, é de ser mantida a condenação imposta pelo Juízo *a quo*, a teor do disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil.

- Inexistindo norma local que especifique as atividades insalubres e indique quais os critérios incidentes a cada uma das hipóteses de trabalho penoso, o adicional de insalubridade não pode ser concedido ao servidor público, visto que este apenas faz *jus* às verbas previstas na lei do ente federativo, por força do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, previsto no *caput* do art. 37, da Constituição Federal

VISTOS, etc.

Cuida-se de apelação cível e reexame necessário interposta por **Maria do Socorro Gomes Lacerda** contra a sentença de fls. 45/53 que julgou procedente, em parte, o pedido constante na ação de cobrança c/c obrigação de fazer aforada em face do Município de Cuitegi, ora apelado.

Na exordial, sustenta a recorrente ter deixado de receber o terço constitucional de férias referente aos últimos cinco anos, além de querer ver implantado o adicional e insalubridade, vez que exerce atividade insalubre.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença de mérito acolhendo parcialmente o pleito autoral, condenando a edilidade recorrida ao terço constitucional de férias requeridos na exordial, à exceção daquele pago em 2009, e negou o adicional de insalubridade, face a ausência de norma específica.

Irresignado com o *decisum*, a parte autora interpôs recurso apelatório fls. 55/60, aduzindo, em síntese, que a ausência de legislação específica regulamentando o adicional de insalubridade não constitui óbice à sua concessão, porquanto restando comprovado o exercício do trabalho em condições insalubres faria jus ao recebimento da referida verba, pugnando pelo provimento recursal.

Contrarrazões (fls. 64/67), sustentando, preliminarmente, violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, sustentou a inaplicabilidade das normas trabalhistas às relações estatutárias e a ausência de legislação específica regulamentando a concessão do referido adicional, pugnando pela manutenção da sentença vergastada.

Cota Ministerial pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, deixou de emitir parecer conclusivo, porquanto não vislumbrou interesse público que recomende sua intervenção. (fls. 56/57).

É o **relatório**.

FUNDAMENTAÇÃO.

O Recurso é tempestivo e o preparo dispensado, pelo que, presentes os demais requisitos de admissibilidade, conheço da Apelação e, tratando-se de sentença ilíquida, conheço, de ofício, da Remessa Necessária, analisando-as conjuntamente.

DA PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Sustenta o recorrido que as razões recursais da parte autora estão dissociadas dos fundamentos da decisão, ferindo o princípio da dialeticidade.

É cediço que o recurso desacompanhado de fundamentação e que deixa de rebater o embasamento da decisão não pode ser conhecido.

Ocorre que, a decisão recorrida negou o direito ao adicional de insalubridade postulado na exordial em razão de inexistir norma local específica, ao passo que as razões do recurso cuidam precisamente desse ponto, inclusive requerendo seja aplicado, por analogia, o Estatuto dos Servidores.

Portanto, tendo a recorrente impugnado as razões que levaram ao indeferimento do pedido, não há que se falar em ausência de dialeticidade, vez que os fundamentos expostos nas razões recursais não constituem repetições das questões postas na exordial.

MÉRITO

Segundo o caderno processual, a autora é servidora pública municipal, exercendo o cargo de enfermeira, e que, em razão das atividades desenvolvidas, postula gratificação de insalubridade.

Ocorre que inexistente Lei Municipal prevendo a concessão do adicional de insalubridade, além do que a edilidade condicionou expressamente o pagamento à existência de legislação específica que o regulamente, requisito ausente na presente hipótese.

Para Hely Lopes Meirelles, é importante frisar, que a vantagem pecuniária decorrente de atividade penosa ou de risco não tem natureza de adicional, mas de gratificação.

Entretanto, superado este aspecto, merece destaque a abordagem feita à gratificação por risco de vida ou saúde, que é definida como sendo:

"vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução do serviço. Não é uma retribuição genérica pela função desempenhada pelo servidor; é uma compensação específica pelo trabalho realizado em condições potencialmente nocivas para o servidor. O que se compensa com esta gratificação é o risco, ou seja, a possibilidade de dano à vida ou à saúde daqueles que executam determinados trabalhos classificados pela Administração como perigosos." (op. cit., p. 525).

Outro aspecto também é ressaltado, senão, vejamos:

Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de risco, para fins de vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe,

para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. (op. cit., p. 525).

Depreende-se, pois, que a vantagem pecuniária aqui tratada está sujeita a pressupostos básicos: primeiro, a previsão legal quanto à sua existência¹; em segundo lugar, se exige ato administrativo regulamentar definindo as hipóteses fáticas que a Administração considere como risco; por fim, é preciso que o servidor esteja efetivamente desempenhando uma destas funções, porém, a análise deste requisito esta vinculada a presença dos requisitos anteriores.

Pois bem. Tomada esta concepção inicial acerca da vantagem (gratificação ou adicional), cumpre questionar se estão presentes, no caso, os dois primeiros requisitos acima delineados, eis que, sem eles, não se pode falar em pagamento da verba.

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.

In casu, não restou comprovada a existência dessa lei específica e, portanto, não há previsão, nem definição, dos graus e dos percentuais que permitam a concessão do adicional de insalubridade ao apelado, desobrigando o Município do pagamento.

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. CARÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA LOCAL. AUSÊNCIA DE ATIVIDADE INSALUBRE. IMPOSSIBILIDADE DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. - Não restou comprovada a existência dessa lei específica e, portanto, não há previsão, nem definição dos graus e os percentuais que permitam a concessão do adicional de insalubridade ao apelado, desobrigando o Município do pagamento. TJPB - Acórdão do processo nº 01520110023072001 - Órgão

1 O STF já afirmou que "Não é possível deferir vantagem ou aumento de vencimentos a servidores públicos sem lei específica, nem previsão orçamentária [art. 37, X e 169, § 1º, I e II, da CB/813]" (RMS 22047 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00014 EMENT VOL-02227-01 PP-00174).

(1ª CÂMARA CÍVEL) - Relator Leandro dos Santos - j. em 23/04/2013.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE LEI LOCAL PREVENDO A REFERIDA PARCELA PARA A CATEGORIA. VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PROVIMENTO DA SÚPLICA. - A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, segundo o qual o gestor só pode fazer o que a lei autoriza. Desse modo, inexistindo disposição legal municipal acerca da percepção do adicional de insalubridade para os agentes comunitários de saúde, não há como se determinar o seu pagamento. Precedentes do Tribunal de Justiça da Paraíba. TJPB - Acórdão do processo nº 01520110021902001 - Órgão (1 CAMARA CIVEL) - Relator José Ricardo Porto - j. em 09/04/2013.

Nesse contexto, impossível conceder o adicional de insalubridade pleiteado por falta de amparo legal e em observância ao precedente do STJ anteriormente mencionado.

Quanto ao pagamento do terço constitucional de férias, vejo que o Município não comprovou o efetivo pagamento.

Com efeito, a única prova trazida aos autos pela edilidade foi a ficha financeira (fls. 28/31), a qual não serve para comprovar o pagamento perseguido pelo autor, vez que revela-se frágil como meio de prova, já que produzidas de forma unilateral, o que torna ainda mais duvidosa as informações ali contidas, somados a ausência de recibos, transferência bancária ou depósito em conta da titularidade da parte autora.

Assim, não provou a municipalidade, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos pleiteados, conforme dispõe o inciso II do art. 333 do CPC:

"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". (grifo nosso).

Nesse contexto, não há como se repassar ao servidor, no caso, a parte autora, o ônus de comprovar a falta de pagamento, sendo suficiente demonstrar o seu vínculo junto ao Município e a efetiva prestação do serviço, o que foi feito.

A jurisprudência desta E. Corte já entendeu nesse sentido, *in verbis*:

"É ônus do Município provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do servidor ao recebimento das verbas salariais pleiteadas. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz. Assim, tendo o juízo monocrático seguido as balizas legais, não há o

que se alterar. Estando a matéria pacificada por jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça, impõe-se a negação do seguimento de recurso, nos termos do caput do art. 557 do CPC".²

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PAGAMENTO DE SALÁRIOS ATRASADOS. CABIMENTO. PROVA DE FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA EDILIDADE. ART. 333, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, CAPUT, CPC. SEGUIMENTO NEGADO. **Ao município cumpre o ônus de demonstrar a realização do pagamento pleiteado, nos termos do artigo 333, II, do CPC. Se não provou o pagamento, deve efetuar-lo, sob pena de ocorrência de enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular, vedado pelo ordenamento jurídico".³**

"AÇÃO DE COBRANÇA. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DE CAIANA. Servidor público. Salários retidos. Revelia do promovido. Julgamento antecipado. Procedência do pedido. Apelação cível. Prescrição de fundo de direito. Inocorrência. Pagamento de salários. Ausência de documentos. **Ônus da prova que compete ao Município.** Conhecimento e desprovimento do recurso. Tratando-se de relação de trato sucessivo, a incidência, da prescrição quinquenal é contada a partir dos cinco anos anteriores à propositura da ação - Súmula 85 do STJ. Preliminar de prescrição rejeitada. Incumbe à edilidade comprovar o pagamento das verbas salariais aos seus servidores, e não a estes, que não podem constituir provas negativas do fato".⁴

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. CARGO COMMISSIONADO. VÍNCULO JURÍDICO ADMINISTRATIVO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. SALÁRIOS, DÉCIMO TERCEIROS E FÉRIAS MAIS UM TERÇO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA MUNICIPALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.TJPB - Acórdão do processo nº 00018176120138150031 - Órgão (1ª Câmara Especializada Cível) - Relator DES MARCOS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE - j. Em 12-08-2014.

Não destoam o Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROGRESSÃO FUNCIONAL. DIFERENÇAS SALARIAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. ÔNUS

² TJPB - AC 052.2007.000931-2/001 — Rel. Juiz convocado Rodrigo Marques Silva Lima — DJ 15/10/2009.

³ TJPB - Acórdão do processo nº 03720090009673001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator DES. JOÃO ALVES DA SILVA - j. em 20/02/2013

⁴ TJPB — AC 0212004001911-5/001 — Des. Antônio de Pádua Lima Montenegro — 4º CC -09/11/2009.

DA PROVA. ATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO. ART. 333, II, DO CPC. INCUMBÊNCIA DO RÉU. RECONHECIMENTO DO DIREITO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUISITOS LEGAIS. NÃO PREENCHIMENTO. ALEGAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N2 7/STJ. LEI ESTADUAL 1\12 10.961/92. VIOLAÇÃO. EXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N2 280/STF. 1. Não há falar em julgamento extra petita se a pretensão do autor diz respeito ao recebimento das parcelas decorrentes da progressão, uma vez que para julgar o pedido procedente, deve, primeiramente, o Juiz sentenciante declarar o seu direito à referida progressão funcional. 2. **Nos termos do art. 333, II, do CPC, o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo o extintivo do direito do autor.** 3. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Não tendo o Município/Apelante se desincumbido de comprovar o adimplemento das parcelas requeridas na exordial, ônus que lhe incumbia, conforme já decidiu reiteradamente esta Egrégia Corte, a manutenção da sua condenação quanto ao seu pagamento é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, **NEGO SEGUIMENTO** ao Recurso de Apelação, bem assim ao Reexame Necessário, o que faço de forma monocrática, diante de sua manifesta improcedência.

P.I.

João Pessoa, 24 de outubro de 2014.

JUIZ CONVOCADO *João Batista Barbosa*
RELATOR