



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000152-27.2014.815.0111 – Comarca de Cabaceiras
RELATOR : Des^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
APELANTE : José Genilson Barbosa da Silva
ADVOGADO : Andre Tavares Cavalcanti e Rodrigo Silveira Rabello de Azevedo
APELADO : Município de Barra de São Miguel
ADVOGADO : Rodrigo Ramos de Souza

PRELIMINARMENTE - DIREITO INTERTEMPORAL – VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE 1973 – MARCO TEMPORAL – DIA 18 DE MARÇO DE 2016 - RESPEITO AOS ATOS PROCESSUAIS INTEIRAMENTE PRATICADOS ANTES DO NOVO DIPLOMA – TUTELA JURÍDICA DAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS NO TEMPO - RECURSO ANALISADO COM BASE NO CÓDIGO ANTIGO – ULTRATIVIDADE EXCEPCIONAL DA LEI REVOGADA.

O apelo interposto antes do dia 18 de março de 2016, dia de início da vigência do Novo Código de Processo Civil, deve atender aos ditames do antigo diploma de 1973, sob pena de malferir-se os artigos 1º, 14 e 1.046, todos do CPC/2015, além do art. 6º da LINDB e art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E TUTELA ANTECIPADA - MOTORISTA DESENVOLVENDO ATIVIDADES DE MAQUEIRO– PLEITO REALIZADO COM FULCRO NA NR Nº 15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO - NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA INSTITUÍDA PELO ENTE PÚBLICO AO QUAL PERTENÇA O SERVIDOR A REGULAMENTAR O PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – EXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL PREVENDO O REFERIDO ADICIONAL – TERMO DE COMPROMISSO - EXIGÊNCIA LEGAL DE PRÉVIA PERÍCIA – OPORTUNIDADE DE REALIZAR A PERÍCIA DISPENSADA PELO AUTOR - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO PLEITO – MANUTENÇÃO DO DECISUM – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 557, CAPUT, CPC/1973 – NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO.

- Cabe à parte que tem o ônus de provar buscar meios nesse sentido, caso contrário, em virtude de sua omissão, pode ver sua pretensão negada por insuficiência de provas.

Vistos, etc.

Trata-se de Apelação Cível interposta por José Genilson Barbosa da Silva, buscando a reforma da sentença prolatada pela Juízo de Direito da Comarca de Cabaceiras, prolatada nos autos da Ação de Cobrança c/c obrigação de fazer e tutela antecipada ajuizada pelo ora apelante em face da Prefeitura Municipal de Barra de São Miguel/PB.

O autor alega ser servidor do Município de Barra de São Miguel, lotado na Secretaria de Saúde, desempenhando a função de motorista (maqueiro), requerendo o pagamento referente ao adicional de insalubridade, relativo a 20% (vinte por cento) da remuneração devida.

O autor/apelante acostou aos autos o termo de compromisso (fls.21/41) firmado pela Prefeitura Municipal de Barra de São Miguel, para implantação de programa de proteção de riscos ocupacionais no município.

Na sentença vergastada (fls. 64/68), o magistrado *a quo* julgou improcedente o pleito exordial afirmando que o termo de compromisso assinala que o cargo/função da parte autora – motorista, não está entre aqueles que deve gozar do direito ao adicional de insalubridade, a não ser que desempenhe a função de maqueiro, condição que o autor não comprovou.

No seu recurso apelatório (fls. 71/76), o recorrente alegou, preliminarmente, nulidade de julgamento, frente ao cerceamento de defesa, aduzindo a insatisfação quanto à intimação para apresentar laudo pericial, uma vez que como era beneficiário da justiça gratuita, não possui situação econômica capaz de arcar com as custas judiciais relativas à realização desse meio de prova.

Requer, portanto a nulidade do julgado por cerceamento de defesa, sendo reaberta a instrução processual, para que a parte produza a prova técnica atinente ao direito do adicional de insalubridade.

O município apelado não apresentou contrarrazões.

No parecer de fls. 85/88, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar de cerceamento de defesa e, quanto ao mérito indicou que o feito retome o curso natural do processo.

É o Relatório.

Decido.

Antes de adentrar no exame do recurso, entendo necessário anotar a posição jurídica adotada acerca da aplicação, ou não, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015, com alterações da Lei nº. 13.256/2016) neste processo pendente.

No caso dos autos, o Apelo contra a sentença publicada no dia 03/02/2015, sendo o recurso interposto no do dia 11/02/2015, data que anterior à vigência do Novo Código de Processo Civil¹, deve atender aos ditames do antigo diploma de 1973, sob pena de malferir-se os artigos 1º, 14 e 1.046, todos do CPC/2015, além do art. 6º da LINDB e art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

O objeto do recurso se resume ao fato de saber se o servidor público do Município de Barra de São Miguel, ocupante do cargo de motorista, exercendo funções de maqueiro, tem direito à percepção do adicional de insalubridade.

Passando, pois, ao exame da matéria devolvida pelo recurso, registro, de plano, que o debate dispensa maiores delongas, por já ser o tema de amplo conhecimento desta Corte.

Como visto, o autor/apelante ocupa o cargo de motorista no município/promovido e requer o pagamento de adicional de insalubridade, por entender que, no exercício de suas funções, mantém-se contínua e habitualmente exposta a toda gama de agentes agressores à saúde

Na sentença vergastada, o magistrado *a quo* julgou o pedido improcedente, sob o fundamento de que o termo de compromisso acostado aos autos, assinala que o cargo/função da parte autora – motorista, não está entre aqueles que deve gozar do direito ao adicional de insalubridade, a não ser que desempenhe a função de maqueiro, condição que o autor não comprovou.

No presente recurso, o apelante alega nulidade de julgamento, frente ao cerceamento de defesa, aduzindo a insatisfação quanto à intimação para apresentar laudo pericial, uma vez que como era beneficiário da justiça gratuita, não possui situação econômica capaz de arcar com as custas judiciais relativas à realização desse meio de prova.

Ab initio, é preciso esclarecer que, de fato, para o pagamento de adicional de insalubridade a servidor público estatutário (como é a hipótese

¹ O prazo de *vacatio legis* (art. 1.045 do CPC/2015) foi de um ano, sendo a lei publicada em 17/03/2015. O termo final do prazo contado em ano é dia 17/03/2016. Inclui-se o último dia do prazo na contagem por força do art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº. 95/98, que regula a elaboração, redação, alteração e consolidação das lei brasileiras. Logo, a entrada em vigor se dá no dia subsequente ao fim do prazo de vacância, qual seja o dia 18/03/2016. Nesse sentido o Enunciado Administrativo nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão administrativa do dia 2 de março de 2016.

dos autos), é necessária a sua previsão em lei específica instituída pelo respectivo ente público, haja vista que, embora o art. 7º, XXIII², CF, estabeleça que é direito dos trabalhadores o “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas*”, o art. 39, §3º³, CF, dispõe que somente os direitos previstos nos incisos **IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX do art. 7º**, CF, são automaticamente estendidos aos **ocupantes de cargos públicos**, ficando a concessão dos benefícios dos demais incisos do aludido dispositivo (**como o inciso XXIII, que trata do adicional de insalubridade**) na dependência de **lei** que os institua. Eis a redação do citado dispositivo:

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 19/98, o adicional de insalubridade foi suprimido dos direitos sociais estendidos aos servidores públicos, pela nova redação dada ao §3º do art. 39 da Constituição Federal.

Art. 39. Omissis.

§ 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.

Desta feita, a concessão do referido adicional para os servidores públicos é permitida, desde que haja houver lei devidamente regulamentada que o preveja

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona a respeito do direito ao adicional de insalubridade:

“Os direitos do servidor público estão consagrados, em grande parte, na Constituição Federal (arts. 37 a 41); não há impedimento, no entanto, para que outros direitos sejam outorgados pelas Constituições Estaduais ou mesmo nas leis ordinárias dos Estados e Municípios. Os direitos e deveres do servidor público estatutário constam do Estatuto do Servidor que cada unidade da Federação tem competência para estabelecer, ou da CLT, se o regime celetista for o escolhido para reger as relações de emprego. Em qualquer hipótese, deverão ser observadas as normas da Constituição Federal (DI PIETRO, Maria

² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

³ Art. 39. Omissis. § 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.

Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23.ed.atual até a EC nº 62, de 2009. São Paulo: Atlas, 2010, p. 608)

Nesse sentido, proclama a jurisprudência desta Egrégia Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. EXISTÊNCIA DE LEI LOCAL. PAGAMENTO A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NORMA QUE DISCIPLINOU A MATÉRIA. APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL

(...)

- Havendo previsão legal, normatizando específica e suficientemente as situações de insalubridade no Município demandado, é devido o pagamento da referida verba a partir da entrada em vigor da norma que regulamentou a matéria.⁴

ADMINISTRATIVO - REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DE COBRANÇA - SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE NAZAREZINHO - ODONTÓLOGA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO LOCAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 465 DE 2012 - ADICIONAL DEVIDO NO PERCENTUAL DE 40% (QUARENTA POR CENTO) - PAGAMENTO NÃO COMPROVADO - ÔNUS PROBATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - ART. 333, II, DO CPC - ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE JUSTIÇA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA - ART. 557, CAPUT, DO CPC C/C SÚMULA Nº 253 DO STJ.

Com base no art. 3º, I, “b”, da Lei Complementar Municipal nº 465 de 2012, é imperioso reconhecer o direito da promovente à percepção do adicional de insalubridade, no percentual de 40% (quarenta por cento), a partir da edição do referido diploma legal. Inexistente a prova do pagamento por parte do ente público. Art. 333, II, do CPC. Estando a sentença em conformidade como o entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte de Justiça, nego seguimento à remessa necessária, nos termos do art. 557, caput, do CPC c/c Súmula nº 253 do STJ.⁵

⁴ TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005544120138150371, Relator DES LEANDRO DOS SANTOS, j. em 17-09-2014.

⁵ TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00059838620138150371, Relator DES. JOSE

In casu, necessário destacar a existência do termo de compromisso firmado pela Prefeitura Municipal de Barra de São Miguel, que trata do programa de promoção e controle da saúde do servidor, bem como , do programa de proteção e controle dos riscos ocupacionais que estabelece as orientações sobre a caracterização do direito à insalubridade e/ou periculosidade dos trabalhadores que não se enquadram nesse benefício, fixando os percentuais e descrevendo as atividades.

A legislação acima referida dispõe que a caracterização e a classificação de insalubridade para o cargo de motorista, não se aplica, exceto se desempenhar a função de maqueiro de forma habitual e permanente.

In casu, a alegação do autor/apelante é de que exerce a função de maqueiro, todavia, não se restou demonstrada nos autos tal condição, necessitando o magistrado de provas que comprovassem os argumentos aduzidos.

Nos presentes autos, o magistrado ofereceu oportunidade às partes quando intimou-as sobre o interesse na produção de outras provas, fl 57, tendo o autor, inclusive, se manifestado, às fls. 61/63, pedindo a dispensa do laudo pericial por parte da demandante, vez que tal prova encontra-se acostada aos autos no processo, compreendida no termo de compromisso.

Assim, incabível a alegação de cerceamento de defesa, haja vista, o magistrado *a quo* ter oportunizado às partes momento para produção de prova capaz de demonstrar o fato alegado, tendo, inclusive, o autor dispensado a elaboração de outro meio de prova, por ter entendido ser suficiente, apenas o termo de compromisso.

Desta feita, inexistente, portanto, nulidade no *decisum* verberado.

Destarte, compete ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, o que não aconteceu "in casu".

Como já explicitado acima, incumbindo o ônus probandi à demandante, nos termos do art. 333, I, do Estatuto Processual Civil, vejamos:

"Art. 333: O ônus da prova incumbe:

I: ao autor , quanto ao fato constitutivo do seu direito".

Sobre o tema, aplicação do ônus da prova , com a maestria que lhe é peculiar, esclarece o renomado processualista Moacyr Amaral Santos, in "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 2º vol. Ed., Saraiva, pág. 348:

AURELIO DA CRUZ , j. em 11-11-2014.

"(...) O Código de Processo Civil, entretanto, resumiu o instituto do ônus da prova a um único dispositivo, o art. 333, onde se lê: '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. De tal forma, adotou a teoria de Carnelutti, estabelecida no seguinte princípio: 'Quem opõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta; em outros termos - quem aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos; e quem excetua, o fato ou fatos extintivos ou a condição ou condições impeditivas ou modificativas."

Acerca da questão, colaciono jurisprudência do nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE DANO. PROVA INSUFICIENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DOS AUTORES NÃO DEVIDAMENTE COMPROVADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO APELO. Nos termos do art. 333, I, do CPC, cabe aos autores provar o fato constitutivo de seu direito, ônus do qual não se desincumbiram. Inexistindo um juízo de certeza e segurança no que diz respeito a quem começou a briga, ou foi a responsável inicial pelas ofensas verbais e posterior agressão física, deve ser afastada a pretendida indenização por danos morais. Desprovimento do apelo.(TJPB; Rec200.2007.743.301-5/001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB 03/09/2013; Pág. 15)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO. ÔNUS PROCESSUAL DO AUTOR. ART. 333, I, DO CPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO. De acordo com o art. 333, I, do CPC, constitui ônus processual do autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito. Não logrando êxito neste sentido, o recurso deve ser desprovido. (TJPB; AC 200.2009.020901-2/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; DJPB 26/03/2013; Pág. 13)

Com efeito, estando a sentença recorrida em consonância com

entendimento dominante deste Egrégio Tribunal, prescinde-se da análise do recurso apelatório pelo órgão colegiado, sendo possível a negativa de seguimento prevista no art. 557, *caput*, CPC/1973.

Face ao exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso apelatório, com fulcro no art. 557, *caput*, CPC./1973.

P.I.

João Pessoa, 01 de abril de 2016.

Des^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA