



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000757-66.2015.815.1071.

Origem : *Vara Única da Comarca de Jacaraú.*

Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*

Apelante : *Lusinete Soares da Costa.*

Advogado : *Cláudio Galdino da Cunha – OAB/PB nº 10.751.*

Apelado : *Estado da Paraíba.*

Procurador : *Tadeu Almeida Guedes.*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. JUIZ DESTINATÁRIO FINAL DA PROVA. AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO. REJEIÇÃO. MÉRITO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ESTADO DA PARAÍBA. AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS. CATEGORIA NÃO INCLUÍDA PELA LEI ESTADUAL. DESPROVIMENTO DO APELO.

- Para que se reconheça o cerceamento do direito de defesa é necessário demonstrar a imprescindibilidade da prova requerida para a efetiva prestação jurisdicional.

- Resta assente a possibilidade de o ente estatal disciplinar o adicional de insalubridade em favor de seus servidores, já que a Constituição da República, em seus arts. 37, inc. X, e 39, atribuiu aos entes federativos competência para legislar sobre regime jurídico e remuneração dos servidores que lhe estão vinculados.

- Não havendo previsão legal dos elementos indispensáveis à concessão do adicional de insalubridade, como o seu percentual e sua base de cálculo, não se pode aplicar supletivamente a legislação trabalhista, a estadual ou a federal, relativa a servidores públicos, se não houver dispositivo legal no âmbito estadual que o autorize.

- A Lei Estadual nº 7.376, de 11 de agosto de 2003,

que instituiu o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração para o Grupo Operacional Serviços da Saúde, elencou os profissionais especializados, não incluindo a função desempenhada pela parte.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão ordinária, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Lusinete Soares da Costa** contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Jacaraú nos autos da **Ação de Cobrança** ajuizada em face do **Estado da Paraíba**.

Na peça de ingresso (fls. 02/06), afirma a autora ter sido contratada pelo Estado da Paraíba para exercer a função de auxiliar de serviços gerais, no Hospital Estadual Frei Damião, em Lagoa de Dentro, tendo o pacto contratual vigorado pelo no período compreendido de abril de 2011 a abril de 2015.

Assevera que, não obstante tenha trabalhado em ambiente insalubre, o Estado não pagou os valores relativos ao respectivo adicional, motivo pelo qual ajuizou a presente demanda. Ao final, pleiteia a condenação do ente réu ao pagamento da gratificação de insalubridade no percentual de 20% (quarenta por cento) da remuneração.

Contestação apresentada em audiência (fls. 56/65), alegando a ausência de prova do vínculo laboral da autora com o Estado, bem como a ausência de um diploma legislativo estadual que trate do adicional de insalubridade, determinando, de forma detalhada, quais são as atividades consideradas insalubres, os graus e percentuais para o seu pagamento.

Na própria audiência foi prolatada sentença de improcedência da demanda (fls. 56/69).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 76/77).

Inconformada, a autora interpôs Recurso Apelarório (fls. 79/87), em cujas razões defende, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa. No mérito, pugna pelo reconhecimento do seu direito à percepção do adicional de insalubridade.

Apesar de devidamente intimado, o recorrido não apresentou contrarrazões (fls. 89).

Contrarrazões ofertadas (fls. 65/74).

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça,

ofertou parecer (fls. 93/96), opinando pelo prosseguimento do feito sem manifestação meritória.

É o relatório.

VOTO.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação, passando à análise de seus argumentos recursais.

1. Da Preliminar de Cerceamento de Defesa

Em suas razões recursais, sustenta a autora a nulidade processual, porquanto não teve a oportunidade de realizar a prova pericial.

Pois bem. Como é sabido, o cerceamento do direito de defesa consiste na diminuição ou supressão de direitos ou garantias legais da parte, retirando ou dificultando a defesa.

Nos termos do art. 130 do Diploma Processual Civil, compete ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização das provas que entender necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou protelatórias.

Desse modo, a produção de provas constitui direito da parte em poder influenciar o magistrado quando do julgamento da demanda, todavia deve-se observar que o juízo de utilidade e necessidade fica a cargo do juiz, de maneira a resultar no equilíbrio entre a celeridade e a segurança jurídica.

Assim, considerando que, na hipótese em disceptação, o magistrado constatou a presença de elementos suficientes para elucidar os fatos narrados, de modo que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa em decorrência da ausência de realização de prova pericial.

Com efeito, verifica-se que o magistrado de primeiro grau formou a sua livre convicção através das provas documentais encartadas aos autos, razão pela qual proferiu a sentença recorrida, sem a necessidade de prova pericial.

Por outro lado, saliento que para que se reconheça o cerceamento do direito de defesa, em virtude de o juiz não ter realizado a prova pericial, seria necessário que houvesse a demonstração da imprescindibilidade da prova requerida para a efetiva prestação jurisdicional, o que não ocorreu no caso em apreço.

Em caso de antecipação do julgamento de desnecessidade de produção probatória, o Superior Tribunal de Justiça esposou entendimento no sentido de que ao julgador é assegurada a livre apreciação das provas, podendo dispensá-las se já firmado o seu convencimento, conforme se infere do seguinte aresto:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535, II DO CPC/1973. FORNECIMENTO DE ÁGUA. COBRANÇA EXCESSIVA. APLICAÇÃO DO CDC. ACORDÃO LOCAL ESTÁ EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES: AGRG NO ARESP. 468.064/RS, REL. MIN. OG FERNANDES, DJE 7.4.2014; AGRG NO ARESP. 183.812/SP, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 12.11.2012. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CABIMENTO AFIRMADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DO SEMAE-SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há como acolher a alegada violação ao art. 535, II do CPC/1973, visto que a lide foi solvida com a devida fundamentação, entendendo ser aplicável o CDC à relação entre concessionária e usuários dos serviços de fornecimento de água.

2. Verifica-se que o entendimento adotado pela Corte de origem não destoia da jurisprudência do STJ, segundo a qual é aplicável o CDC à relação entre concessionária e usuários dos serviços de fornecimento de água. Vide AgRg no AREsp. 468.064/RS, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 7.4.2014; AgRG no AREsp. 183.812/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Dje 12.11.2012. Incide assim a Súmula 83/STJ.

3. Insuscetível de revisão o entendimento da Corte de origem no que tange à verificação da necessidade de inversão do ônus probatório em sede de Recurso Especial, sob pena de incursão no acervo fático-probatório da causa.

4. A jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela necessidade ou desnecessidade da produção de provas periciais, testemunhais e documentais. Nesse sentido: AgRg no AREsp. 836.916/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 30.3.2016; AgInt no AREsp. 838.346/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 19.4.2016.

5. Agravo Regimental do SEMAE - SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP a que se nega provimento”.

(STJ, AgRg no AREsp 428.762/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017).

Assim, não há que se cogitar em cerceamento do direito autoral

de produção probatória, haja vista que o próprio fundamento da sentença revela a existência de uma questão de mérito em que não há necessidade de produção da prova pericial.

Com tais considerações, **REJEITO** a presente preliminar.

2. Do Mérito

A controvérsia a ser apreciada pela instância revisora consiste em saber se a autora, que foi contratada pelo Estado da Paraíba para exercer a função de auxiliar de serviços gerais no Hospital de Estadual Frei Damião, tem direito à percepção de adicional de insalubridade.

Como é cediço, nessa seara, a Constituição da República, em seu art. 7º, inciso XXIII, estabelece como direito social do cidadão a percepção do “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*”. 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.

Entretanto, não existe óbice para a concessão do referido adicional para os servidores públicos, porém, o seu pagamento somente poderá ser deferido se 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 Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23.ed.atual até a EC nº 62, de 2009. São Paulo: Atlas, 2010, p. 608).

No caso em apreço, a despeito da existência de lei prevendo genericamente o adicional de insalubridade aos servidores estaduais (Lei Complementar nº 58/2003), inexistente um regramento específico sobre as categorias abrangidas pela norma, bem como os critérios para aplicação de percentuais de acordo com o grau do risco a que se refere a gratificação, confira-se:

“Art. 71 – Os servidores que trabalhem, com

habitualidade, em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou radioativas fazem jus à gratificação de insalubridade, periculosidade ou atividades penosas.

Art. 73 – Na Concessão da gratificação de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as disposições da legislação específica”.

Com efeito, inobstante a edição da lei em questão, o seu texto mostra que a regulamentação específica do tema tratado, encontra-se deficiente, pois ausente a determinação dos requisitos e pressupostos para concessão do benefício pleiteado, principalmente o percentual a ser aplicado sobre o vencimento.

A ausência da previsão legal impede o Poder Judiciário de fixar o percentual para o pagamento do adicional, bem como a fixação de eventuais diferenças. Importa lembrar que a Administração Pública deve se pautar no princípio de legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o qual estabelece a vinculação das atividades administrativas às determinações legais.

“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”.

Na lição de Alexandre de Moraes:

“O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal (...), aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”. (Direito Constitucional, 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 311).

Logo, é de se concluir que, apesar da previsão legal, assegurando genérica e expressamente o direito dos servidores ao recebimento do adicional de insalubridade, tal norma possui eficácia limitada, necessitando de diploma legal para sua integração.

Justiça: A propósito, confira os seguintes julgados desta Corte de

“APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS. IMPROCEDÊNCIA. APELO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI LOCAL ABORDANDO OS CRITÉRIOS E ATIVIDADES PARA O RECEBIMENTO DA MENCIONADA GRATIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO. "O Administrador Público está vinculado ao princípio da legalidade, estando adstrito à observância da lei, não podendo se afastar da regra constitucional, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade civil ou criminal, conforme o caso. A gratificação por exercício de atividade insalubre depende de previsão na Lei local)”.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001509420088150781, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ BENEVIDES, j. em 30-08-2016).

E,

“APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. ENFERMEIRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E VERBAS REFLEXAS. IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. ESTATUTO DO SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE BARRA DE SANTA ROSA. PREVISÃO GENÉRICA DO DIREITO AO RECEBIMENTO DA CITADA VERBA. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA POR LEI MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DO RESPECTIVO ENTE FEDERATIVO. ENTENDIMENTO SEDIMENTANDO NO ÂMBITO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO.

- Conforme entendimento sedimentado no âmbito desta Corte de Justiça quando do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2000622-03.213.815.0000, '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 Município de Barra de Santa Rosa, como ente

federado, possui liberdade e autonomia, no âmbito de sua competência, para estabelecer e regulamentar direitos a seus servidores municipais, diante do princípio federativo, insculpido no art. 18, da Carta Magna, pelo que, diante da ausência de lei específica regulamentando o percebimento do adicional de insalubridade, em obediência ao princípio da legalidade, impossível a concessão de tal verba aos servidores municipais”.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002550820168150000, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. FREDERICO MARTINHO DA NÓBREGA COUTINHO, j. em 31-05-2016).

O tema em debate foi objeto de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, processo nº 2000622-03.2013.815.0000, de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, tendo sido decidido que o benefício em questão depende de lei regulamentadora específica nos respectivos Municípios.

Eis o teor do Enunciado nº 42 da Súmula do Tribunal de Justiça da Paraíba:

“Súmula nº 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”

No âmbito estadual, há somente a Lei nº 7.376/2003 do Grupo Ocupacional de Serviços da Saúde, a qual preconiza os profissionais especializados da saúde, não incluindo a função desempenhada pela apelante, vejamos:

“Art. 2º. O Grupo Ocupacional a que se refere o artigo anterior é constituído pelos profissionais especializados da Saúde, símbolo SSA, vinculados à administração direta do Poder Executivo do Estado, devidamente inscritos nos respectivos Conselhos de Fiscalização Profissional, assim distribuídos:

I – Profissional de Nível Superior

Assistente Social, Biólogo, Bioquímico, Cirurgião-Dentista, Enfermeiro, Farmacêutico, Fisioterapeuta, Fonoaudiólogo, Médico, Médico Veterinário, Nutricionista, Psicólogo.

II – Técnico de Nível Médio

Técnico de Enfermagem, Higiene Dental, Laboratório, Prótese Dentária e Radiologia.

*III – Profissional de Nível Básico
Atendente de Consultório Dentário, Auxiliar de
Enfermagem.”*

Portanto, ausente a previsão legal para percebimento da benesse perseguida, não há que se falar em reforma do *decisum* guerreado nem mesmo para a realização de perícia.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO**, mantendo-se íntegros os termos da sentença vergastada.

Em atendimento ao disposto no §11 do art. 85 do CPC/15, majoro os honorários sucumbenciais devidos à promovida, anteriormente fixados em R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais) para R\$ 300,00 (trezentos reais), observando-se, contudo, a gratuidade judiciária que foi deferida à promovente.

É COMO VOTO.

Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Luíz Silvio Ramalho Júnior, o Exmo Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, e o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. 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, 17 de abril de 2018.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator