



APELAÇÃO CÍVEL N. 2014.3.023259-0
1º TURMA DE DIREITO PUBLICO
APELANTE: MUNICIPIO DE MARABA
PROCURADOR: HAROLDO JUNIOR CUNHA E SILVA
APELADO: MARILDETE AMORIM NOGUEIRA
ADVOGADO: RANYELLE DA SILVA SEPTIMIO
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. ENUNCIADO N. 85 DA SÚMULA DO STJ. FUNÇÃO DE TÉCNICA DE ENFERMAGEM NÃO COMPROVADA. ANÁLISE APENAS QUANTO A FUNÇÃO DE TÉCNICA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. IMPRISCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA PARA CONCEDER OU NÃO O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I- O adicional de insalubridade é uma garantia prevista no art. 7º, XXIII da Constituição Federal, de caráter temporário, concedida ao servidor no caso de trabalhar habitualmente ou permanentemente em condições insalubres, definido no art. 189, da CLT.

II- As legislações federais, estaduais e municipais regulam que somente é possível a concessão do adicional de insalubridade após avaliação de perícia técnica realizada no local de trabalho.

III- Diante da ausência de laudo pericial, é imprescindível a anulação da sentença e o retorno dos autos para o juízo de origem, a fim de que seja realizada adequadamente a perícia para a concessão do adicional de insalubridade.

IV- Recurso conhecido e provido, para anular a sentença proferida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para realização da instrução processual e realização de perícia.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, dando-lhe provimento, nos termos do voto da Magistrada Relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dezessete dias do mês de julho do ano de dois mil e dezessete.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Ezilda Pastana Multran.

Belém, 17 de julho de 2017

Rosileide Maria da Costa Cunha
Desembargadora Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 159/173) interposta pelo Município de Marabá, em face da sentença de fls. 139/148 proferida pelo Juízo de Direito



da 3º Vara Cível da Comarca de Marabá, nos autos da Reclamação Trabalhista, julgou a ação nos seguintes termos:

III – DISPOSITIVO Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a cobrança de diferença salarial por desvio de função, bem como PARCIALMENTE PROCEDENTE a cobrança de adicional de insalubridade, para condenar o MUNICÍPIO DE MARABÁ ao pagamento de adicional de insalubridade, no percentual de 30% (trinta por cento) do salário base do cargo efetivo, e reflexos nos 13º salários e férias, a partir de 03 de agosto de 2003 até a presente data, corrigidos monetariamente e com incidência de juros de mora. As parcelas vencidas até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 (30.6.2009) deverão ser corrigidas pelos índices decorrentes da aplicação da Lei nº 6.899/81 e incidirão juros de mora à razão de 6% (seis por cento) a.a, desde a data do respectivo vencimento.

As parcelas subsequentes, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, a título de correção monetária e juros de mora, incidem uma única vez, até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados às cadernetas de poupança (artigo 1º-F da Lei nº 9.494 de 1997). Sem custas, ante a isenção de custas em favor da Fazenda Pública.

Insurge-se o apelante contra a decisão, apontando a ocorrência da prescrição do período ocorrido antes de 19/11/2003 conforme o decreto nº 20.910/32. Alega ainda a impossibilidade de deferimento do pedido do adicional de insalubridade diante da ausência da realização de perícia técnica, sendo esta imprescindível para caracterizar a insalubridade no local. Suscita ainda que a recorrida não exerce qualquer função que a exponha em contato direto com os pacientes, não havendo risco à sua saúde.

Requer que a apelação seja conhecida e provida, para reformar a sentença proferida.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 175/179.

O recurso foi recebido no duplo efeito, conforme fls. 180.

Às fls. 192/194, o Representante do Ministerial deixou de opinar, em razão de não ser causa de intervenção.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, cabe ressaltar que será aplicado ao caso concreto o Novo Código de Processo Civil, em obediência ao art. 14 do CPC/2015, o qual estabelece que a norma processual não retroagirá e será aplicada imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

PRELIMINAR

O apelante suscita a ocorrência da prescrição quinquenal aplicável contra as dívidas, ações e qualquer direito contra a Fazenda Pública estadual, municipal ou federal, conforme previsto no art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, aplicável contra as dívidas, ações e qualquer direito contra a Fazenda Pública estadual, municipal ou federal.

Todavia, o direito ao recebimento do adicional de insalubridade é considerado prestação de trato sucessivo, ou seja, renova-se mês a mês, enquanto perdurar o fato, nos termos da Súmula 85/STJ, in verbis:

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 a propositura da ação

Neste sentido, colaciona-se os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO. ENUNCIADO N.



85 DA SÚMULA DO STJ. INCIDÊNCIA. PEDIDO ADMINISTRATIVO NÃO SOLUCIONADO ATÉ A PROPOSITURA DA AÇÃO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRECEDENTES.

- Pendente requerimento administrativo, deve-se reconhecer a suspensão da contagem do prazo prescricional, que só se reinicia após a decisão final da administração. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 178.868/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 07/08/2012)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. HOSPITAL DE SERVIDORES DO ESTADO DO PARÁ ? OFIR LOYOLA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, INÉPCIA DA INICIAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. (...) 1. O Estado do Pará possui legitimidade passiva na presente relação processual, pois os apelados estão vinculados à Secretaria de Estado da Administração, recebendo sua remuneração do Ente Estatal. Preliminar rejeitada. 2. Não há que se falar em inépcia da inicial se os apelados informam adequadamente os fatos e a relação entre o pedido e a causa de pedir, apresentando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos legais de seu pedido. Preliminar rejeitada. 3. Ausente o cerceamento de defesa, vez que a matéria discutida na situação em análise é unicamente de direito, sendo possível o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I do CPC/73. Preliminar rejeitada. 4. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A impossibilidade jurídica do pedido. Análise em conjunto com o mérito. Instituto sem correspondência no CPC/2015. 5. O pagamento do adicional de insalubridade é prestação de trato sucessivo, que se renova mensalmente a cada período não pago, incidência da Súmula 85/STJ. Prejudicial de prescrição rejeitada. (...)

(2017.01329700-36, 173.025, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-04-03, Publicado em 2017-04-07)

Assim, rejeito a preliminar de prescrição, passando a analisar o mérito.

MÉRITO

Cinge-se a controvérsia recursal quanto ao deferimento pelo juízo a quo do pedido de adicional de insalubridade, uma vez que a apelada aduz exercer função de técnica administrativa e, posteriormente, de técnica de enfermagem, atuando diretamente em ambiente nocivo, prejudicial à sua saúde.

A autora da inicial ajuizou a reclamação trabalhista informando que, através de aprovação em concurso público, passou a exercer o cargo de técnico de administração a partir de agosto de 2003, todavia, durante o período de 04/09/2003 a 30/04/2008, exerceu função de Técnica de Enfermagem na sala de hipertensão, diabetes e pré-consultas, posteriormente, entre 01/05/2008 a 20/10/2008, voltou a exercer a função de técnica em administração, e a partir de 21/10/2008 até a data da propositura da ação retornou para a sala de pré-consultas, como técnica de enfermagem.

Sendo assim, ajuizou a ação com a finalidade de receber o adicional de insalubridade nunca recebido, tanto na função de técnica administrativa quanto na função de técnica de enfermagem, em razão do contato direto com pessoas portadoras de doenças infecciosas sem o equipamento de proteção adequado. Pugnou também pelo recebimento das diferenças salariais referente às duas funções.

Destaco de início que para a percepção de qualquer direito, é necessário a comprovação dos fatos alegados, mediante prova. Uma das acepções da palavra prova está relacionada ao ato de provar, que tem como finalidade produzir o convencimento do juiz, fazendo-o alcançar a certeza necessária para tomar sua decisão. Nesse diapasão, impende destacar o entendimento



do ínclito Daniel Amorim Assumpção Neves que aduz, in verbis:

O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz de valores e garantias previstos na Constituição Federal, o que se procurará no processo é a obtenção da verdade possível. Por verdade possível entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.

Sendo assim, buscando a verdade possível, cada parte tem o dever de comprovar o que alega para formar a convicção do juiz, neste sentido, vejamos o art. 373:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O dispositivo supra diz respeito ao ônus de prova, merecendo destaque o entendimento do ilustre doutrinador José Miguel Garcia Medina o qual leciona que:

O ônus da prova é visto sob duas perspectivas: de um lado, opera como método de que se vale o juiz quando, diante do acervo probatório, conclui que não se logrou provar determinado fato, decidindo contra aquele a quem incumbia fazer a respectiva prova; De outro, é visto pelas partes, que, cientes das consequências do descumprimento do ônus, atuam no processo com o intuito de dele desincumbir (regra de conduta). O ônus da prova, como regra geral, é atribuído pela lei a uma das partes tomando-se por base o interesse em que determinado fato fique provado, e, também, a proximidade- o que implica em maior facilidade- entre as partes e o fato respectivo. À luz dessas premissas, chegou-se à fórmula segunda a qual ao autor incumbe demonstrar o fato constitutivo, e ao réu o fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito.

Neste contexto, a apelada não logrou êxito em comprovar que entre os anos de 2003 a 2008 passou a exercer a função de técnica de enfermagem, uma vez que todos os documentos juntados demonstram sua função apenas como técnica administrativa, tais documentos incluem a convocação para provimento de cargo, portaria de nomeação, termo de posse e investidura no cargo, demonstrativos de pagamento de salário, entre outros (fls. 10/23), sendo assim, não merece qualquer pagamento referente à função de técnica de enfermagem. Passando à análise do adicional de insalubridade concedido, é sobremodo importante assinalar que trata-se de uma garantia prevista no art. 7º, XXIII da Constituição Federal, de caráter temporário, concedida ao servidor no caso de trabalhar habitualmente ou permanentemente em condições insalubres, ou seja, conforme o art. 189, da CLT, em atividades que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Oportuno se torna dizer que o adicional de insalubridade é regulado no âmbito estadual pela Lei nº 5.810/94, a qual dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará, que, em seu art. 129 estabelece que o adicional pelo exercício de atividades penosas, insalubres ou perigosas será devido na forma prevista em lei federal.



Por sua vez, o Decreto Estadual nº 2.485/94 disciplina a concessão do referido adicional previsto no artigo 129 do Regime Jurídico Único, vejamos:

Art.1º - Os servidores públicos civis do Estado, de suas autarquias e fundações públicas, perceberão adicionais de insalubridade e periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais:

I - o adicional de insalubridade será calculado à base de 5%, 10% e 20% sobre o vencimento base do cargo efetivo, correspondente aos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente, de acordo com laudo pericial da comissão permanente de que trata o parágrafo único do artigo 2º deste Decreto.

Art.2º - Os adicionais previstos no artigo anterior só poderão ser pagos após prévia inspeção que comprove a realização de atividades sob condições insalubres ou Perigosas.

Parágrafo Único. A inspeção será feita por comissão permanente, a ser constituída por médicos do trabalho e engenheiros de segurança do trabalho, da Secretaria de Estado de Saúde Pública - SESPA e da Secretaria de Estado de Trabalho e Promoção Social - SETEPS, respectivamente, cujo laudo emitido será o documento hábil para concessão, ou não do adicional previsto no artigo 129 da Lei nº5.810, de 24 de janeiro de 1994. (grifei)

Além da legislação estadual, o adicional de insalubridade também é amparado pela Lei Municipal nº 13.733/95, que dispõe sobre o regime dos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e fundações públicas do Município de Marabá, in verbis:

140- Ao servidor serão concedidos adicionais:

I- Pelo exercício do trabalho em condições penosas, insalubres ou perigosas

141- O adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas será devido, após a realização de perícia pelo órgão oficial de saúde do Município que procederá as devidas caracterização e classificação.

(grifei)

Convém notar, outrossim, através das legislações federais, estaduais e municipais colacionadas, que só é possível a concessão do adicional de insalubridade após avaliação de perícia técnica, e no caso dos autos não há qualquer documento que demonstre a realização de perícia realizada no local de trabalho do recorrida.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial é farto no sentido de que para o deferimento ou não do adicional de insalubridade é necessária a realização de perícia técnica, vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE INSALUBRE. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. OBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE LAUDO PERICIAL ELABORADO POR PERITO HABILITADO JUNTO AO MINISTÉRIO DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cabe ao recorrente apresentar nas razões do Recurso Especial a exposição precisa do modo como o Tribunal de origem teria contrariado dispositivos legais indicados, sob pena de não conhecimento do Apelo.
2. Os Servidores Públicos Estaduais que exerçam suas atividades expostos a agentes nocivos fazem jus ao adicional de insalubridade, quando as condições insalubres descritas no art. 195 da CLT c/c NR 15 sejam devidamente comprovadas por laudo pericial realizado por profissionais com habilitação junto ao Ministério do Trabalho.
3. Na hipótese, a pretensão recursal ampara-se no fato de que a parte recorrida não apresentou laudo pericial elaborado por perito oficial registrado no Ministério do Trabalho, essencial à comprovação da ocorrência de insalubridade no local periciado e do desempenho de atividade enquadrada como insalubre. Todavia, a controvérsia foi dirimida a partir de premissas fático-probatórias do caso concreto, especialmente



a validade da perícia realizada por perito médico, devidamente registrado no Ministério do Trabalho, cujo laudo elaborado cumpriu as determinações essenciais para a comprovação de que a parte recorrida exerceu suas atividades sujeita à agentes nocivos, sendo inviável tal discussão na via eleita.

Precedente: AgRg no AREsp. 505.842/RO, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 25.06.2015.

4. Agravo Regimental do ESTADO DE RONDÔNIA a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 495.502/RO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 01/12/2015)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AGENTE FISCAL AGROPECUÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LAUDO PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. À UNANIMIDADE. 1. O servidor é titular do cargo de agente fiscal estadual agropecuário desde o ano de 2004 e diz que sempre trabalhou em ambientes insalubres. 2. O apelado trouxe à fl. 43 a portaria n.º 83/2011 que concede o adicional de insalubridade no grau médio a servidora Gerli Machado Galeão, e à fl. 44, a portaria n.º 4544/2011 que concede o mesmo adicional ao servidor Fábio Rogério Reis de Lima, ambos titulares do cargo de agente fiscal agropecuário junto a ADEPARÁ. 3. O pressuposto do adicional de insalubridade é a caracterização técnica dos fundamentos fáticos que justifiquem a atribuição do plus remuneratório com o fito de compensar justamente as condições especiais de exercício do cargo. 4. O Decreto Estadual n.º 2.485/1994 disciplina a concessão dos adicionais de insalubridade e periculosidade previstos no art.129 da lei n.º 5.810/94. 5. A jurisprudência é farta no sentido de que é imprescindível a realização de perícia para o deferimento ou não do adicional de insalubridade. 6. Não havendo nos autos prova de que foi realizado perícia no local de trabalho do recorrido, a medida que se impõe é a reforma da sentença vergastada. 7. Recurso conhecido e provido. (2016.02381217-71, 161.096, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 2016-06-09, Publicado em 2016-06-17)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AGENTE FISCAL AGROPECUÁRIO. PEDIDO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. NECESSIDADE DE ABERTURA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. APELO PROVIDO À UNANIMIDADE.

(2016.01521456-27, 158.451, Rel. NADJA NARA COBRA MEDA, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2016-04-11, Publicado em 2016-04-25)

Assim, não havendo nos autos prova de que foi realizado perícia no local de trabalho da recorrida, e sendo imprescindível a realização da mesma, a medida que se impõe é a anulação da sentença vergastada, retornando os autos ao juízo de origem para a realização da perícia técnica no local de trabalho onde a apelante exerce ou exerceu sua atividade laboral.

DISPOSITIVO:

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para anular a sentença proferida, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para realização da instrução processual com a realização da competente perícia técnica, a fim de que seja apurada ou não a legalidade do direito perseguido pela apelada.

É como voto.

Belém, 17 de julho de 2017.

ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA
Desembargadora Relatora