TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016495-83.2009.815.0011.
Origem : *2ª Vara da Fazenda Pública de Campina Grande.*
Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*
Apelantes : *Manoel Ribeiro de Vasconcelos e outros.*
Advogada : *Elíbia Afonso de Sousa.*
Apelado : *Município de Campina Grande.*
Procuradora : *Érika Gomes da Nóbrega Fragoso.*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRETENSÃO DE PERCEPÇÃO PECUNIÁRIA RETROATIVA DA DIFERENÇA ENTRE OS PERCENTUAIS DE INSALUBRIDADE ATUAL E ANTERIOR À MODIFICAÇÃO IMPLEMENTADA PELO MUNICÍPIO. AUMENTO DO ADICIONAL QUE NÃO LEVA À CONCLUSÃO DO DIREITO AO PAGAMENTO EM DATA PRETÉRITA. DESPROVIMENTO.

- Embora o Ente Municipal tenha implantado o adicional de insalubridade nos contracheques das partes autoras no percentual de 10% e, posteriormente, aumentado para 20%, tal conduta não induz que seja reconhecido o direito ao novo percentual em data pretérita, salvo se fosse editada norma de regência fixando o valor a ser pago pela atividade exercida, o que não restou comprovado nos autos.

- Não se pode presumir que as condições de trabalho no período em que passaram os funcionários a receber o adicional majorado eram as mesmas em data anterior, inexistindo direito ao recebimento da diferença de percentual.

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

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Manoel Ribeiro de Vasconcelos**, **Fabrício Pereira Cavalcanti**, **Eliana Cristina Gomes Barbosa** e **Gabriela Santos Diniz** contra sentença (fls. 76/79) proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande que, nos autos da "Ação de Cobrança de Diferença de Adicional de Insalubridade" ajuizada em face do **Município de Campina Grande**, julgou improcedentes os pedidos autorais.

Na peça de ingresso (fls. 02/10), os demandantes relatam que são servidores públicos municipais, exercendo o cargo de Agentes Comunitários de Saúde da edilidade promovida. Asseveram que, em maio de 2009, *"o governo municipal reconheceu o direito destes agentes comunitários de receberem 20% (vinte por cento) a título de adicional de insalubridade, adicional este que era pago, até então, no percentual de 10% (dez por cento)"*.

Sustentam, com base na situação descrita e nos arts. 76, 77, 78 e 80 da Lei Municipal nº 2.378/92, que possuem direito à diferença resultante entre o pagamento reconhecido como devido no percentual de 20% (vinte por cento) e aquele que era realizado em 10% (dez por cento) a título de adicional de insalubridade, pleiteando a indenização correspondente.

Contestação apresentada (fls. 46/51), alegando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido retroativo do adicional de insalubridade. No mérito, defende que os demandantes não trouxeram prova quanto ao grau de insalubridade a que estiveram submetidos no período retroativo indicado, sustentando a legitimidade da revisão e reclassificação do percentual em conformidade com a atual situação laboral.

Réplica impugnatória (fls. 67/69).

Sobreveio, então, sentença de improcedência (fls. 76/79),cuja ementa assim restou redigida:

> *"AÇÃO DE COBRANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUMENTO DO PERCENTUAL – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – PAGAMENTO RETROATIVO – AUSÊNCIA DE RESPALDO LEGAL – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.*
> *Em respeito ao princípio da legalidade, é impossível conceder o pagamento da diferença de percentual de*

adicional de insalubridade de período anterior a norma que regulamentou sobre a classificação do grau de insalubridade dos ocupantes de cargo de Agente Comunitário de Saúde".

Inconformados, os autores interpuseram Recurso Apelatório (fls. 85/95), destacando que sempre exerceram suas funções em locais insalubres, e que, durante considerável tempo, apenas recebiam o percentual de 10% do correspondente adicional, situação que apenas se modificou após reivindicações da categoria junto ao Poder Executivo, que reconheceu ser devido o patamar de 20% de insalubridade.

Sustentam que, em nenhum momento, a edilidade modificou as condições de trabalho do cargo de agente comunitário de saúde, de forma que sempre trabalharam em local insalubre de grau médio. Discorrem acerca das atividades que exercem, concluindo estarem permanentemente expostos a todo tipo de atividade nociva à saúde.

Ao final, pugnam pelo provimento do apelo re forma da sentença, julgando-se procedentes os pedidos de recebimento das diferenças retroativas formulados na inicial.

Contrarrazões apresentadas (fls. 99/113), pleiteando a manutenção do *decisum*.

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça, opinou pelo prosseguimento dos recursos sem manifestação meritória (fls. 118/120).

É o relatório.

VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo, passando à análise de seus argumentos recursais.

Conforme relatado, a presente demanda tem por objeto a pretensão dos servidores públicos do Município de Campina Grande, ocupante do cargo de Agente Comunitário de Saúde, consistindo no alegado direito à percepção pecuniária retroativa da diferença entre o percentual de insalubridade de 20% (vinte por cento) – reconhecido pelo Poder Executivo como devido a partir de maio de 2009 – e o de 10% (dez por cento) – efetivamente pagos até a modificação introduzida pela edilidade.

Como é cediço, a Constituição da República, em seu artigo 7º, XXIII, estabeleceu 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.

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

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA CONVERTIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO. SERVIDORA MUNICIPAL. AGENTE COMUNITÁRIA DE SAÚDE. RELAÇÃO JURÍDI- CO-ADMINISTRATIVA DEVIDAMENTE CARACTERIZADA. CONFIRMAÇÃO ACERCA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DIREITO ÀS VERBAS CONSTITUCIONAIS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, GRAU MÉDIO, À BASE DE 20%. INTELIGÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15, DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E DO EMPREGO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL ESPECÍFICA PREVENDO O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TERÇO DE FÉRIAS DEVIDO. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.*
> *As atividades ou operações insalubres são aquelas 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. Ausência de previsão legal, não autoriza a concessão do adicional de insalubridade, em observância ao princípio da legalidade, art. 5º, II, da CF/88. Estando certa a prestação de serviços pela servidora e não se desincumbindo a edilidade do ônus processual de comprovar o pagamento do terço de férias, indubitável o direito da recorrente em receber tal verba, sob pena de enriquecimento ilícito da municipalidade." (TJPB; AC 0002138-35.2011.815.0171; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; DJPB 08/10/2013; Pág. 24)*

> *"APELAÇÃO CÍVEL ORDINÁRIA DE COBRANÇA ADICIONAL DE INSALUBRIDADE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO IRRESIGNAÇÃO MÉRITO AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LEI LOCAL*

ABORDANDO OS CRITÉRIOS E ATIVIDADES PARA 0 RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT , DO CPC SEGUIMENTO NEGADO.
A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, previsto ,rio art. 37, caput, da Constituição Federal, o qual determina a vinculação das atividades administrativas em conformidade com a lei. A gratificação por exercício de atividade insalubre depende de previsão na Lei local. Apelação Cível IV 70035881861, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 14/07/2010. A gratificação por exercício de atividade perigosa depende de previsão na Lei local. Art. 37, caput , da CF, sendo somente devido a partir do momento em que for editada Lei regulamentando as atividades insalubres ou perigosas. Apelação Cível IV° 70031366867, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 02/12/2009." (TJPB - Acórdão do processo n° 07520110047034001 – Órgão TRIBUNAL PLENO, Relator DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES, j. em 28/02/2013)

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 deferes 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 n° 62, de 2009. São Paulo: Atlas, 2010, p. 608)*

Importa lembrar, por oportuno, 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, resta assente a possibilidade de o município disciplinar o benefício em favor de seus servidores, já que a Constituição da República, em seus arts. 37, inciso X, e 39, atribuiu aos entes federativos competência para legislar sobre regime jurídico e remuneração dos servidores que lhe estão vinculados.

O tema em debate foi, inclusive, objeto de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, processo nº 2000622-03.2013.815.0000, de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, cujo voto vencedor fora lavrado pelo Excelentíssimo Desembargador José Ricardo Porto, tendo sido aprovada a seguinte súmula, *in verbis:*

> *"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 caso dos autos, verifica-se que a Lei Municipal nº 2.378/92, que instituiu o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Campina Grande, estabeleceu as funções que comportam pagamento da gratificação de insalubridade:

> *"Art. 63 – Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as*

seguintes gratificações e adicionais:
(...)
IX – adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;".

"Art. 76 – Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.
§1º – O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deverá optar por um deles, n;ão sendo acumuláveis estas vantagens".

"Art. 78 – Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica".

Por sua vez, o Decreto Municipal nº 3.389/2009, dispõe, em seu art. 4º, o seguinte:

"Art. 4º – Ao servidor no exercício de função em condições insalubres, acima dos limites de tolerância aprovada pela Comissão competente, assegura-se a percepção de adicional de 10% (dez por cento), 20% (vinte por cento) e 40% (quarenta por cento), sob o salário mínimo municipal, segundo se classifiquem nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente".

Como visto, há previsão em lei municipal acerca do direito ao pagamento de adicional de insalubridade, porém, sua concessão nos percentuais de 10%, 20% e 40% fica condicionada à constatação pela Comissão competente acerca das atividades exercidas pelos servidores e das respectivas condições de trabalho, o que não ocorreu no presente caso quanto ao período anterior à implantação do novo percentual.

Na verdade, o ente municipal implantou o referido adicional no contracheque das partes autoras no percentual de 10% e, posteriormente, em 2009, aumentou para 20%. Ocorre, porém, que tal conduta não induz que seja reconhecido ao direito ao novo percentual em data pretérita, ou seja, a diferença, salvo se fosse editada norma de regência fixando o valor a ser pago a atividade exercida pelos autores, o que não restou comprovado nos autos.

Ainda, a despeito da alegação recursal, não se pode presumir que as condições de trabalho no período em que passou a receber o adicional no montante de 20% eram as mesmas em data anterior e, por isso, não fazem jus ao recebimento da diferença de percentual, como bem entendeu o

magistrado de base.

- Conclusão

Por tudo o que foi exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo, mantendo-se na íntegra a decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, o Exmo. Dr. João Batista Barbosa, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. 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, 28 de abril de 2015.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator