



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL nº 0000706-79.2012.815.0321

RELATOR : Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos.

APELANTE : Adalcy Lúcia de Oliveira

ADVOGADO : Marcos Antonio Inácio da Silva

APELADO : Município de Sanra Luzia

ADVOGADO : Ronaldo Paulo da Silva

REMETENTE : Juízo da Comarca de Santa Luzia

CONSTITUCIONAL e ADMINISTRATIVO

Reexame Necessário e Apelação cível – Ação de cobrança – Agente comunitário de saúde – Regime jurídico estatutário – Pretensão ao adicional de insalubridade – Direitos Sociais – Art. 7º c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Ausência de previsão constitucional – Princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Súmula 42 do TJPB – Existência – Não comprovação – Afronta ao princípio da legalidade – Art. 37, “caput”, CF/88 – Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte de Justiça – Artigo 557, “caput”, do CPC – Seguimento negado.

– *“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.“ (art. 39, §3º, CF/88).

– Não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos civis perceberem adicional de insalubridade, essa possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que está previsto no “caput” do art. 37 da CF/88, segundo o qual, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

– Para o Supremo Tribunal Federal, como não há na Constituição da República preceito que determine expressamente o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis, este só poderá ser concedido se houver previsão em lei.

– Conforme a súmula 42 do TJPB 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 relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557 do CPC).

Vistos, etc.

ADALCY LÚCIA DE OLIVEIRA, qualificado na exordial de fls. 02/07, ingressou com ação de cobrança em face do **MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA**.

Em apertada síntese, aduziu a autora, ora apelante, que, desde 1991 exerce a atividade de agente comunitária de saúde no município apelado e, por trabalhar em ambiente insalubre, requereu o adicional previsto em lei e o seu reflexo nas demais verbas, bem como décimo, férias, terço constitucional e PIS.

Regularmente citado, o demandado ofereceu contestação aduzindo que, durante o período que se restringe à demanda o contrato era precário e nulo de pleno direito. E quanto ao pleito de adicional de insalubridade, expôs a inexistência no Município de lei específica para o seu pagamento. (fls.220/248)

Impugnação às fls.286/295.

Em sentença exarada às fls. 339/352, o MM. Juiz “*a quo*” julgou parcialmente procedente a demanda. Desacolheu o pleito de percepção do adicional de insalubridade, face da ausência de lei municipal que o discipline e condenou o Município réu ao pagamento da verba relativa às férias acrescidas do período não atingido pela prescrição quinquenal.

A Edilidade ré interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes, alegando existir contradição na decisão, que foram julgados improcedentes pelo juízo de primeiro grau, mantendo inalterada a sentença. (fls.386/389)

Irresignada, a autora moveu recurso de apelação, fls.375/382, sob o argumento de que a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho - aplicada subsidiariamente aos servidores públicos – asseguram-lhe o direito ao recebimento do referido adicional.

Expôs, ademais, que a ausência de norma específica regulando a matéria não pode ser motivo de se criar óbice ao acesso ao Judiciário, devendo a legislação aplicável ao caso ser interpretada por analogia a aplicação aos princípios gerais de direito.

Alfim, requereu que seja julgado totalmente procedente o pedido formulado na exordial, condenando o município promovido ao pagamento do adicional de insalubridade sob todo período laboral, mais os reflexos nas demais verbas, quais sejam, 13º salário, férias, acrescidas de um terço.

Devidamente intimado, o Município apresentou contrarrazões, fls.397/402.

Instada a se manifestar a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo prosseguimento do recurso sem manifestação de mérito porquanto ausente interesse público. (fls.408/410)

É o relatório.

Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, ressalvo que conheço não só deste recurso voluntário, mas também do reexame necessário, pois uma vez ilíquida a sentença primeva, faz-se mister a aplicação da Súmula n.º 490 do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

Súmula 490: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas. (Grifei).

A apelante pretende, em síntese, que o Município de Santa Luzia, ora recorrido, seja condenado a pagar adicional de insalubridade sob todo o período laboral, mais o reflexo nas demais verbas, quais sejam, 13º salário, férias, acrescidas de um terço.

Como visto, o magistrado “*a quo*” julgou parcialmente procedente o pedido da autora/apelante, excluindo o pagamento do adicional, sob o fundamento de que não há lei específica no município que assegure a percepção do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde.

A controvérsia dos autos, portanto, cinge-se em saber se tem a recorrente, agente comunitário de saúde, direito a perceber o dito adicional de insalubridade.

Como é cediço, em termos de direitos sociais dos servidores públicos, categoria assim tomada na sua acepção jurídico-administrativa, a bússola regente da espécie sempre será o § 3º do art. 39 da Constituição Federal, “*in verbis*”:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

§ 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.”

Do cotejo com o art. 7º, próprio do texto constitucional¹, operação necessária pela remissão determinada no preceito anterior, constata-se que o rol de direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos não alberga o título de adicional de insalubridade (inciso XXIII). Ou seja, é patente que o legislador constituinte excluiu dos servidores públicos o direito social previsto no inc. XXIII do art. 7º da Constituição Federal.

¹ “**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: **I** - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; **II** - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; **III** - fundo de garantia do tempo de serviço; **IV** - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; **V** - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; **VI** - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; **VII** - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; **VIII** - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; **IX** - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; **X** - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; **XI** - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; **XII** - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; **XIII** - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; **XIV** - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; **XV** - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; **XVI** - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; **XVII** - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; **XVIII** - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; **XIX** - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; **XX** - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; **XXI** - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; **XXII** - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; **XXIII** - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; **XXIV** - aposentadoria; **XXV** - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; **XXVI** - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; **XXVII** - proteção em face da automação, na forma da lei; **XXVIII** - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; **XXIX** - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; **XXX** - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; **XXXI** - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; **XXXII** - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; **XXXIII** - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; **XXXIV** - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.”.

No caso em comento, busca a apelante, como se vê, via manejo analógico, emprestar-se a pedido claramente estatutário efeitos peculiares da legislação reitora do vínculo de emprego privado (art. 192, CLT²).

Ocorre que não havendo previsão expressa na Carta Magna quanto ao direito dos servidores públicos perceberem adicional de insalubridade, ou seja, não estabelecendo ela qualquer critério ou regra para o pagamento do citado adicional, esta possibilidade encontra óbice no princípio da legalidade administrativa, que se encontra previsto no “caput” do art. 37 da CF/88³.

Deixa transparecer esse princípio que, ao contrário do particular que pode realizar tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, deve o administrador cumprir e realizar tudo aquilo que a lei determina que seja feito.

Nesse sentido, consoante **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, *“na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”*⁴.

Por tal fundamento, e considerando que não é dado ao intérprete alargar o âmbito de hermenêutica constitucional de enunciado normativo, sob pena de importar em visível afronta a decisão do constituinte, o acolhimento do intento da autora/apelante dependeria de lei específica local, regulamentando a possibilidade de percepção do adicional de insalubridade, bem como o seu grau e percentual, cuja existência não comprovou a recorrente, embora sobre seus ombros recaísse o ônus respectivo.

² “**Art . 192** - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.”

³ “**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 e, também, ao seguinte:”

⁴ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

Assim, havendo omissão quanto à edição de lei, não há como albergar a pretensão manejada, ainda que o ambiente de trabalho se enquadre em uma situação inóspita.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP⁵:

“Para o desate específico do presente caso, o que há de prevalecer é que o art. 192 da CLT e o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição não podem ser invocados para reger as relações estatutárias.

(...)

A Constituição da República não estabelece qualquer critério ou regra para o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos civis. Aliás, na Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição não há qualquer menção ao pagamento de adicional em razão do exercício de atividades insalubres e o art. 39, § 3º, não inclui no rol de direitos aplicáveis aos servidores públicos civis o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República.” (Grifei)

E conclui:

“Não há, portanto, parâmetro expresso na Constituição da República para determinar a base de cálculo do adicional de insalubridade dos recorrentes, o que haverá de constar de lei.” (Grifei)

No mesmo sentido, eis outro julgado do Supremo Tribunal Federal:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO LOCAL E FATOS E PROVAS. VERBETES 279 E 280-STF. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. 1. Questão dirimida no Tribunal de origem à luz do conjunto fático-probatório e de normas de direito local. Incidência dos óbices dos Verbetes ns. 279 e 280 da Súmula do STF. 2. Adicional de insalubridade necessidade de previsão legal para sua concessão. Agravo regimental não provido.”*⁶ (Grifei)

⁵ RE 565714, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-06 PP-01189 RTJ VOL-00210-02 PP-00884

⁶ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

Ainda:

“Servidor público. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. - O artigo 39, § 2º, da Constituição Federal apenas estendeu aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alguns dos direitos sociais por meio de remissão, para não ser necessária a repetição de seus enunciados, mas com isso não quis significar que, quando algum deles dependesse de legislação infraconstitucional para ter eficácia, essa seria, no âmbito federal, estadual ou municipal, a trabalhista. Com efeito, por força da Carta Magna Federal, esses direitos sociais integrarão necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, quando dependem de lei que os regulamente para dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais de que eles decorrem, essa legislação infraconstitucional terá de ser, conforme o âmbito a que pertence o servidor público, da competência dos mencionados entes públicos que constituem a federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.”⁷. (Grifei)

E colocando fim a qualquer controvérsia existente neste Sinédrio, o tema em debate foi objeto do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, processo nº 2000622-03.2013.815.0000, julgado recentemente pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, no qual foi aprovado a súmula 42, com o seguinte teor:

*“Súmula 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**”.*

Por fim, cabe ressaltar que não é dado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, criar, aumentar ou estender vantagem a servidores públicos, eis que acabaria por onerar os cofres públicos com uma despesa que não possui dotação orçamentária.

⁷ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

No caso, verifica-se que a Lei Municipal nº 091/93, dispôs de forma genérica acerca da concessão do adicional de periculosidade aos servidores públicos do Município de Santa Luzia, veja-se:

Art.63. Além dos vencimentos e das vantagens previstas nesta Lei serão deferidos aos funcionários as seguintes gratificações e adicionais:
(...)

IV – adicional pelo exercício de atividades insalubres perigosas ou penosas;

“Art. 70. Os funcionários que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou com risco de vida fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

§1º. O funcionário que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deverá optar por um deles, não sendo acumuláveis estas vantagens.

§2º. O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão.

“Art. 72. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações específicas na legislação municipal.

Parágrafo único. Os locais de trabalho e os funcionários que operam com raio X ou substâncias radioativas devem ser mantidos sobre controle permanente, de modo que as doses de radiação ionizantes não ultrapassem o nível máximo previsto na legislação própria.

Por fim, cabe ressaltar que não é dado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, criar, aumentar ou estender vantagem a servidores públicos, eis que acabaria por onerar os cofres públicos com uma despesa que não possui dotação orçamentária.

Diante desse delineamento jurídico, e das razões fáticas do caso vertente, em consonância ao entendimento categoricamente firmado neste Sinédrio e nos Tribunais Superiores, e numa

forma de privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional, não há outro caminho a ser trilhado, senão **negar seguimento ao reexame necessário e à apelação cível**, o que faço com espeque no art. 557, “caput” do CPC, mantendo *“in totum o decisum a quo”*.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 19 de agosto de 2015.

Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator