Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000132-87.2014.815.0191 - Soledade
RELATORA : Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
APELANTE : Edna Santos Lima
ADVOGADO : Marcos Antônio Inácio da Silva
APELADO : Município de Cubati
ADVOGADO : Rômulo Leal Costa

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PROCEDÊNCIA PARCIAL – VERBAS SALARIAIS – RESSALVA EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – PERFEIÇÃO – SÚMULA 85 DO STJ – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – NÃO RECONHECIMENTO – SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO – NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA A REGULAMENTAR O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS TRABALHISTAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 42 DO TJPB – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INTUITO DE AJUSTE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – FRAGILIDADE – RECONHECIMENTO NO *DECISUM* – AUSÊNCIA DE GRAVAME – CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – MANUTENÇÃO DO *DECISUM* – DESPROVIMENTO DO APELO.

Súmula 85 do STJ - 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.

Sendo a promovente servidora público estatutária e inexistindo norma a regulamentar a concessão de adicional de insalubridade para os ocupantes de seu cargo, não há como se determinar o pagamento almejado, sob pena de violação ao princípio da legalidade, preceito ao qual está a Administração Pública vinculada por força do art. 37 da Constituição Federal.

Dada a ausência de lei regulamentadora do adicional

de insalubridade no Município, não há que se falar em aplicação analógica da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, afastando-se a incidência dos arts. 4º e 5º da LINDB e arts. 126 e 127 do CPC, porquanto, na seara administrativa, prevalece a irradiação do princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), de modo que a Administração Pública tem sua atuação adstrita ao que a Lei determina.

Consubstancia-se interesse recursal "na necessidade que tem o recorrente de obter a anulação ou reforma da decisão que lhe for desfavorável. É preciso, portanto, que tenha sucumbido, entendida a sucumbência aqui como a não obtenção, pelo recorrente, de tudo o que poderia ter obtido do processo".

Vistos etc.

Trata-se de Apelação Cível (fls. 43/48) interposta pelo Edna Santos Lima insurgindo-se contra a sentença (fls. 36/42) do Juízo de Direito da Comarca de Soledade, que julgou parcialmente procedente a Ação de Cobrança promovida pela apelante contra o Município de Cubati, compelindo este a pagar "as férias acrescidas do termo legal, quinquênios devidos no período de cinco anos anteriores à propositura da ação, a ser apurados em liquidação de sentença, tudo devidamente corrigido e acrescido de juros legais. Deixo de condenar o município promovido ao pagamento dos salários atrasados dos meses de novembro, dezembro e o 13 salário de 2008, em razão de terem sido atingidos pela prescrição".

A apelante irresignado aduz: 1) inexistência de prescrição das verbas (13º salário) não concedidas na decisão; 2) que o adicional de insalubridade é devido, pois no Município de Cubati há o Estatuto dos Servidores Públicos que prevê a gratificação de insalubridade, nos termos do art. 96, IV. Mas como tem a lei eficácia limitada ou contida, para os percentuais do adicional de insalubridade deve ser concedido com base na NR-15 do MTE, de forma analógica; 3) ajuste nos honorários, dada a sucumbência recíproca.

Intimada a autora/apelada para apresentar as contrarrazões, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, fls. 51/52.

Parecer do Ministério Público opinando pelo provimento parcial da apelação e da remessa "para incluir na condenação do pagamento do 13º salário não prescrito, aplicando-se a correção monetária do IPCA-E" em todas as verbas, fls. 59/63.

É o Relatório.

Decido.

A apelante insurge-se, no presente apelo, contra a sentença que acolheu parcialmente o pedido inicial, mas não determinou o pagamento de adicional de insalubridade e das verbas salariais não prescritas.

Inicialmente, esclareço que de forma escorreita o magistrado reconheceu a incidência da prescrição em relação a todas as verbas postuladas, mas que se referiram ao período que antecedeu os cinco anos da propositura desta ação.

Na espécie, a lide foi proposta em janeiro de 2014, somente as verbas referentes aos cinco anos que antecederam à sua promoção não foram alçadas pela prescrição, nos precisos termos do Decreto 20.910/32, o qual regulamenta a prescrição contra a Fazenda Pública, *in verbis:*

> *Art. 1° - As dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*
> *Art. 2º - Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou pôr vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.*

Também a respeito da prescrição das dívidas passivas da Fazenda Pública dispõe a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça:

> **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.**

Quanto a eventual possibilidade de concessão do adicional de insalubridade, é importante registrar que, consoante se extrai dos documentos de fls. 15/16, a autora é servidora pública estatutária, regime jurídico no qual a concessão de benefícios depende de expressa previsão legal, conforme ensina o professor Edmir Araújo Netto, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, *in verbis*:

> **O regime estatutário significa, basicamente, que, ao tomar posse (aceitação) e entrar em exercício (incorporação), o funcionário público nomeado já encontra uma situação jurídica previamente definida, que focaliza seus direitos, deveres, condições de trabalho, normas disciplinares, vencimentos, vantagens, enfim, <u>um completo regime jurídico assim estatuído (...) por lei, e que, a não ser dessa forma, não pode ser modificado nem com a concordância da Administração e do funcionário, pois são normas de ordem pública, não</u>**

<u>derrogáveis</u>[1].

Portanto, para que seja concedida alguma gratificação ou adicional à promovente (servidora pública estatutária) é necessária expressa previsão em lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Ressalte-se que, em relação ao adicional de insalubridade, é imprescindível para a sua concessão que o respectivo ato normativo estabeleça quais atividades são consideradas insalubres e seus respectivos percentuais, já que não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na função do legislador ou do administrador, para definir se a atividade é insalubre e em que percentual deve ser pago o adicional pleiteado. Cabe ao interessado escolher a via adequada para compelir o ente público a editar a norma para suprir a lacuna existente.

Lecionando sobre a matéria, Helly Lopes Meirelles destaca a necessidade de especificação dos serviços contemplados pelo aludido adicional:

> **Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de 'risco', para fins de vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe, para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. Por esse motivo, a gratificação por risco de vida ou saúde pode ser suprimida, ampliada ou restringida a todo tempo, sem ofensa a direito dos que a estavam percebendo[2].**

Considerando, pois, que apesar de haver no Estatuto de Servidor Público do Município em questão previsão da gratificação do adicional de insalubridade, não há prova de lei municipal regulamentando a questão, porquanto a legislação local – estatuto – não especificou os cargos a serem abrangidos pelo adicional de insalubridade nem os respectivos percentuais para fins de quantificação do pagamento, resta inviável o deferimento do pleito, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Eis o teor da norma:

> Art. 96 – Além dos vencimentos e das vantagens previstas nesta Lei serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:
> […]
> IV – adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

No mesmo sentido a Constituição Federal estabelece, pois a regra

[1] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo* – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 258.
[2] MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 414.

do art. 7º, XXIII igualmente se reporta “na forma da lei”:

> **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;**

Esse comando constitucional, contudo, não garante à promovente o adicional postulado, tendo em vista a necessidade de lei própria.

Portanto, embora, vários dos benefícios trabalhistas previstos no art. 7º, CF, sejam assegurados a todos os trabalhadores (públicos e privados), independentemente do regime jurídico regulador de seu cargo, como, por exemplo, o décimo terceiro salário; o terço de férias, o repouso semanal remunerado, dentre outros; por outro lado, algumas das garantias previstas nesse mesmo dispositivo (art. 7º, CF) são inerentes, apenas, aos trabalhadores privados, celetistas, não podendo ser estendidas aos servidores públicos estatutários, antes da edição de lei específica que preveja sua concessão para o respectivo cargo.

O dispositivo que faz essa diferenciação - ao especificar os benefícios devidos aos servidores ocupantes de cargos públicos - é o art. 39, §3º, da própria Constituição Federal, que estabelece:

> **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.**

Da leitura do artigo, verifico que somente os direitos previstos naqueles incisos taxativamente elencados ***(IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX)*** é que são automaticamente estendidos aos **ocupantes de cargos públicos**, ficando a concessão dos benefícios dos demais incisos do art. 7º na dependência de lei específica que os institua, consoante previsão da parte final do mesmo dispositivo.

Trazendo essas premissas para o caso dos autos, percebo que o inciso **XXIII** do art. 7º – o qual trata do **adicional de insalubridade** – não está previsto no referido §3º do art. 39, CF, razão pela qual a autora – servidora público estatutária – só mereceria esse benefício se houvesse lei instituindo o pagamento dessa verba para o seu cargo.

Já estando esclarecido, pois, que, *in casu*, inexiste lei municipal a contemplar o cargo da autora, não há como ser concedido o adicional de insalubridade almejado.

Nesse sentido, proclama a jurisprudência desta Egrégia Corte de

Justiça:

> **APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA REGULAMENTANDO OS CRITÉRIOS PARA SUA CONCESSÃO. INADMISSIBILIDADE. ART. 7º, XXIII, DA CF. DISPOSITIVO DE EFICÁCIA CONTIDA. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO.**
> Na ausência de lei que especifique as atividades insalubres e indique quais os critérios incidentes a cada uma das hipóteses de trabalho penoso, o adicional de insalubridade não pode ser concedido ao servidor público, visto que este apenas faz jus às verbas previstas na lei do ente federativo, por força do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, previsto no caput do art. art. 37, da Constituição Federal.[3]
>
> **AGRAVO INTERNO - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LEI LOCAL ABORDANDO OS CRITÉRIOS E ATIVIDADES PARA O RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO NA ÉPOCA PLEITEADA PELA PARTE - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - MANUTENÇÃO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.**
> - 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.(...).[4]

Mutantis mutandis, aplica-se à espécie o mesmo raciocínio que fez esta Corte editar a Súmula nº 42, que trata do adicional de insalubridade pleiteado pelos Agentes Comunitários de Saúde:

> **Súmula 42: O pagamento de adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico administrativo, depende de lei regulamentadora do ente ao qual pertencer. (grifei).**

Com efeito, estando a sentença recorrida em consonância com entendimento dominante neste Egrégio Tribunal, não merece ser reformada.

Noutro giro, não há que se falar em aplicação analógica da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, afastando-se a incidência dos arts. 4º e 5º da LINDB e arts. 126 e 127 do CPC, porquanto, na seara administrativa, prevalece a irradiação do princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF/88), de modo que a Administração Pública tem sua atuação adstrita ao que a Lei determina.

[3] TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00019159520138150241, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 16-12-2014.
[4] TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00027707820128150251, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES , j. em 25-11-2014

A jurisprudência desta Egrégia Corte de Justiça não destoa:

> **APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA REGULAMENTANDO OS CRITÉRIOS PARA SUA CONCESSÃO. INADMISSIBILIDADE. ART. 7º, XXIII, DA CF. DISPOSITIVO DE EFICÁCIA CONTIDA. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO.**
> Na ausência de lei que especifique as atividades insalubres e indique quais os critérios incidentes a cada uma das hipóteses de trabalho penoso, o adicional de insalubridade não pode ser concedido ao servidor público, visto que este apenas faz jus às verbas previstas na lei do ente federativo, por força do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, previsto no caput do art. art. 37, da Constituição Federal (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00019159520138150241, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 16-12-2014.)

> **AGRAVO INTERNO - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LEI LOCAL ABORDANDO OS CRITÉRIOS E ATIVIDADES PARA O RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO NA ÉPOCA PLEITEADA PELA PARTE - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - MANUTENÇÃO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.**
> - 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.(...). (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00027707820128150251, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES , j. em 25-11-2014)

Em conclusão, estou convencida de que, havendo lei(estatuto) prevendo o adicional de insalubridade no Município, mas carente a sua regulamentação, não há que se falar em aplicação analógica da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Finalmente, em relação ao reconhecimento da sucumbência recíproca, falece interesse recursal.

Reconhece-se a ausência de interesse recursal, ao se verificar não haver o magistrado proferido decisão contrária aos seus interesses, tendo em vista como assentido: **"[...] Por considerar que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, determino o rateio das verbas honorárias que arbitro em 10% (dez por cento). Isentando as partes no pagamento das despesas e**

custas processuais por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e o réu edilidade municipal, também isenta"., fls. 41

Somente resta demonstrado o interesse recursal, quando por meio do recurso aviado, fique revelada a necessidade na reforma do julgado, porquanto tenha sido a parte prejudicada, ou mesmo discorde da decisão prolatada, em virtude de a mesma não haver atingido o seu pleito.

Nelson Nery Júnior ensina que o interesse em recorrer está consubstanciado *"na necessidade que tem o recorrente de obter a anulação ou reforma da decisão que lhe for desfavorável. É preciso, portanto, que tenha sucumbido, entendida a sucumbência aqui como a não obtenção, pelo recorrente, de tudo o que poderia ter obtido do processo."*[5]

Nesse norte, o pensamento doutrinário se coaduna com o jurisprudencial, como se infere do aresto adiante transcrito:

"*Existe interesse de recorrer quando a substituição da decisão, nos termos pretendidos, importe melhoria na situação do recorrente, em relação ao recurso. Não se justifica o recurso se pretende, apenas evitar a formação de um precedente jurisprudencial, sem qualquer modificação no resultado prático do julgamento*"[6].

Desta forma, é de se concluir que não resta presente o interesse, porquanto a decisão prolatada não lhe trouxe prejuízo, tendo em vista haver reconhecido a existência da sucumbência recíproca.

Pelo exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso apelatório, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC/1973[7], para manter a sentença.

P. I.

João Pessoa, 18 de abril de 2016.

Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

G/04

[5] Código de Processo Civil Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 8ª Ed. p. 934

[6] STJ – 2° Seção, AgRg nos ED no Resp 150.312 – ES, rel Ministério Público Eduardo Ribeiro, j. 23.02.00, negaram provimento, v.u, DJU 29.05.00, p.108

[7] Aplica-se o art. 557 do CPC/1973, considerando que a decisão atacada foi publicada na sua vigência.