



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

A C Ó R D ã O

EMBARGOS INFRINGENTES nº 2002662-55.2013.815.0000

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos.

EMBARGANTE :Município de Bayeux

PROCURADOR :Glauco Teixeira Gomes

EMBARGADO :Albimar Diniz de Lima Melo

ADVOGADO :Marcia Carlos de Souza

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL e ADMINISTRATIVO – Embargos Infringentes – Apelação – Acórdão – Sentença reformada – Agente comunitário de saúde municipal – Adicional de insalubridade – Pretensão desacolhida no primeiro e acolhida no segundo grau – Aplicação analógica das normas celetistas – Omissão desse benefício na legislação do município – Voto vencido – Necessidade de previsão na legislação municipalista – Prevalência do entendimento do voto vencido – Afronta ao Princípio da Legalidade (CF, art.37, “*caput*”) – Precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte de Justiça – Posterior uniformização de matéria neste Tribunal – Súmula 42 – Acolhimento dos embargos.

– Afronta o Princípio da Legalidade (CF, art.37, “*caput*”) à decisão que, na omissão da legislação municipal sobre o adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde, aplica, por analogia, norma celetista, concedendo o benefício.

– Em ratificação à observância do Princípio da Legalidade (CF, art.37, “*caput*”) este Tribunal no incidente de uniformização de jurisprudência, processo n.º 2000622-03.2013.815.0000, julgando-o procedente, editou a Súmula n.º42 de verbete seguinte: “*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*”.

V I S T O S, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados,

A C O R D A M, em Primeira Sessão Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, por votação unânime, acolher os embargos, nos termos do voto do Relator e da súmula de julgamento de fl. 203.

R E L A T Ó R I O

Cuida-se de embargos infringentes interpostos pelo **MUNICÍPIO DE BAYEUX** contra acórdão da Quarta Câmara Cível deste E. Tribunal de Justiça (fls. 145/150) que, deu provimento ao recurso de apelação, por maioria, nos autos da ação de cobrança de adicional de insalubridade, movida por **ALBIMAR DINIZ DE LIMA MELO** em face do ora embargante.

No acórdão de fls. 145/150, a Quarta Câmara Cível, reformou a sentença “*a quo*”, para declarar a legalidade da cobrança do adicional de insalubridade pleiteado pela autora, levantando a tese de que não seria justo admitir que o servidor público exerça o seu mister sem a correspondente contraprestação por força da inércia legislativa da própria Administração Municipal.

E, aplicando analogicamente as normas celetistas (NR n.º15, expedida pelo Ministério do Trabalho), determinou ao recorrido (Município de Bayeux) a implantação do adicional de insalubridade no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o vencimento da autora, bem como o pagamento retroativo da citada verba no período de 01/03/2008 a 25/03/2011, e reflexos sobre o 13º (décimo terceiro) salário, aplicando-se a atual redação do art. 1º-F da Lei n.º9.494/97 no que diz respeito a correção monetária e aos juros de mora. Condenou, por fim, a edilidade ré ao

pagamento dos honorários de advogado, os quais fixou em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Em declaração de seu voto vencido (fls. 361/167), o Des. Romero Marcelo Fonseca Oliveira, defendeu que o adicional de insalubridade somente será devido, *“aos servidores sujeitos ao vínculo estatutário ou funcional-administrativo específico (art. 37, IX da CF/88) se assim dispuser norma expressa editada pelo ente Federado a que se subordina, que preveja as rubricas e, cumulativamente, sua forma de pagamento (base de cálculo, percentual, valor nominal, etc.), sendo indevida a aplicação analógica de leis de outras unidades da Federação ou diplomas destinados a regime jurídico diverso, salvo se houver remissão normativa expressa”* (fl.161).

Às fls. 170/176 foram interpostos embargos infringentes, objetivando a prevalência do voto vencido.

Contrarrazões aos embargos infringentes às fls. 182/185.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso foi recebido pelo Desembargador João Alves da Silva que determinou o sorteio de novo relator na forma regimental (fl. 187).

Feito não remetido ao Ministério Público, em face de anterior declinação de interesse na demanda no parecer de fls. 131/134.

É o relatório.

VOTO

É cediço que o recurso de Embargos Infringentes devem se restringir à matéria de divergência, conforme o disposto no art. 530 do CPC, *“in verbis”*:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.” (Grifo nosso)

No caso dos autos, a divergência estabelecida entre o acórdão e o voto vencido cinge-se em saber se tem o recorrente, agente comunitário de saúde, direito a perceber o adicional de insalubridade.

O voto condutor considerou ser devido o adicional de insalubridade pleiteado, pois mesmo não existindo reconhecimento legal expresso do grau de insalubridade relacionado ao cargo do autor, há legislação municipal assegurando a percepção da referida gratificação, bem como, a natureza do labor exercido, compatível com o grau médio de insalubridade, corroborada pela NR nº 15 expedida pelo Ministério do Trabalho.

No entanto, o voto vencido, defende o desprovimento do recurso, eis que considera que o adicional de insalubridade somente será devido, *“aos servidores sujeitos ao vínculo estatutário ou funcional-administrativo específico (art. 37, IX da CF/88) se assim dispuser norma expressa editada pelo ente Federado a que se subordina, que preveja as rubricas e, cumulativamente, sua forma de pagamento (base de cálculo, percentual, valor nominal, etc.)”*.

A matéria aqui tratada dispensa maiores delongas, porquanto plenamente pacificada no âmbito desta Corte de Justiça, estando, de fato, o voto vencido com a razão, pelos fundamentos que abaixo passo a relatar:

“Ab initio”, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do regime jurídico a que estão submetidos os agentes comunitários de saúde do Município de Bayeux.

O § 5º do art. 198 da Constituição Federal prevê que *“Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde”*.

Regulamentando dito preceito constitucional, a Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, em seu art. 8º, dispõe que o regime de contratação dos agentes comunitários de saúde será o celetista, salvo se lei local dispuser de forma diversa. Veja-se:

“Art. 8º. Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art.

198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.
(Grifei)

Vê-se que referida lei preservou a autonomia dos entes federados, na medida em que os autorizou a, por meio de lei local, submeter os seus agentes comunitários de saúde a regime jurídico diverso do estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Especificamente em relação ao Município de Bayeux, a Lei Municipal nº 1.067, de 26 de dezembro de 2007, que criou o cargo de agente comunitário de saúde, o qual passou a integrar, conforme previsão expressa do art. 1º, o quadro de pessoal de provimento efetivo da administração direta do município, fez por submeter tais profissionais ao regime estatutário. Confira-se:

“Art. 1º. Fica criado o cargo público de Agente Comunitário de Saúde, atividade pública a ser executada no âmbito do Sistema Único de Saúde Municipal, o qual passará a integrar o quadro de pessoal de provimento efetivo da administração direta do Município, enquanto existir o referido programa e pertinentes repasses federais”.

Em 03 de março de 2008, por intermédio da Portaria nº 175/2008, que tem por fundamento o art. 2º da Emenda Constitucional nº 51/2006¹ e a Lei Municipal nº 1.067/2007, a recorrente, que já desempenhava as atividades de agente comunitário de saúde, bem como havia sido contratada pelo município recorrido em face de aprovação em anterior processo seletivo, passou a incorporar o quadro de servidores efetivos do Município de Bayeux.

Portanto, certo é que a autora, por força da referida Lei Municipal, está submetida ao regime jurídico estatutário, não se aplicando a ela, assim, os enunciados normativos da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹ “Art. 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitário de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.”

Feitas essas considerações, passa-se a análise da controvérsia dos autos, qual seja, saber se tem a autora/apelante direito a perceber o 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 constitucional², operação necessária pela remissão determinada no preceito

² “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

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.

No caso em comento, busca a apelante/autora, como se vê, via manejo analógico, emprestar-se a pedido claramente estatutário efeitos peculiares da legislação reitora do vínculo de emprego privado (art. 192, CLT³).

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/88⁴.

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”*⁵.

Por tal fundamento, e considerando que não é dado ao intérprete alargar o âmbito de hermenêutica constitucional de 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.”

³ “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.”

⁴ “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:”

⁵ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

enunciado normativo, sob pena de importar em visível afronta a decisão do constituinte, o acolhimento do intento da autora, ora embargada, 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, embora sobre seus ombros recaísse o ônus respectivo.

A demandante restringiu-se a acostar ao caderno processual a Lei Orgânica do Município de Bayeux que, em seu art. 58, XI, enumera como sendo direito dos servidores públicos civis “*adicional de remuneração para as atividades consideradas penosas, **insalubres** ou perigosas, **na forma da lei***”. Ou seja, apenas juntou lei municipal que necessita de outra lei que regulamente o direito ali previsto, momento em que poderá ele vir a ser exercitado.

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/SP⁶:

“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)

⁶ 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

Supremo Tribunal Federal:

No mesmo sentido, eis outro julgado do

“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.”⁷ (Grifei)

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.”⁸. (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, do qual resultou a súmula 42, com o seguinte teor:

“O pagamento do adicional de insalubridade

⁷ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

⁸ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

*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.

Por todas razões acima expostas, **ACOLHEM-SE** os embargos infringentes, para em consonância com o voto do E. Desembargador Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, negar provimento ao recurso de apelação, obviamente, mantendo a sentença de origem.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto, Presidente. *Relator: Excelentíssimo Senhor Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Revisor: Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.* Participaram ainda do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Vanda Elizabeth Marinho (*Juíza convocada para substituir o Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque*), Marcos William de Oliveira. (*Juiz convocada para substituir a Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira*) e Leandro dos Santos.

Presente à sessão, representando o Ministério Público, a Excelentíssima Senhora Doutora Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Procurador de Justiça, convocada.

Primeira Seção Especializada Cível, Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, no dia 15 de outu de 2014.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator