



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

ACÓRDÃO

06

APELAÇÃO CÍVEL nº 0001846-68.2017.815.0000

ORIGEM :Comarca de Barra de Santa Rosa

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

APELANTE :Josefa Leandro da Silva

ADVOGADO :Fernando Fagner de Sousa Santos (OAB/PB 16.490)

APELADO :Município de Barra de Santa Rosa

ADVOGADO :Lucélia Dias de Medeiros (OAB/PB 11.845).

CONSTITUCIONAL **e**

ADMINISTRATIVO - Apelação cível – Ação de cobrança c/c obrigação de fazer – Procedência parcial - Servidor público municipal – Gari - Regime jurídico estatutário - Adicional de insalubridade – Direitos Sociais – Art. 7º c/c o art. 39, § 3º, CF/88 – Ausência de critério ou regra para pagamento do dito adicional na CF/88 - Lei local regulamentadora – Necessidade - Princípio da legalidade – Art. 37, “*caput*”, CF/88 – Existência - Não comprovação – Adicional indevido – Pretensão deduzida na inicial julgada improcedente – Manutenção da sentença - Horas extras – Não consta pedido na exordial – Inovação recursal – Desprovimento.

- “*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 local.

- É firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que não se pode inovar em sede de apelação, sendo proibido às partes a alteração da causa de pedir ou do pedido.

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

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, por votação unânime, negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator e da súmula do julgamento de folha retro.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de apelação cível interposta por **JOSEFA LEANDRO DA SILVA**, objetivando reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Barra de Santa Rosa que, nos autos da ação ordinária de cobrança, sob o nº 0000164-44.2009.815.0781, movida pela recorrente, em face do **MUNICÍPIO DE BARRA DE SANTA ROSA**, julgou improcedente o pedido da autora, julgou improcedente a pretensão deduzida na exordial, que consistia na percepção de insalubridade,

extinguindo o processo. Condenou o promovente em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento)

Nas razões recursais (fls. 122/128), a apelante pugna pelo provimento do recurso, com a anulação da sentença recorrida, sob o argumento de que o magistrado de primeiro grau deveria ter determinado a realização de prova pericial, com o objetivo de aferir o grau de insalubridade a que vem se submetendo. Asseverou, ainda que, consta no pedido autoral, além do adicional de insalubridade, o pedido de horas extras, tendo este restado prejudicado, porque sequer foi objeto de julgamento na r. sentença, o que também se fazia necessária a produção de prova testemunhal.

Contrarrazões às fls. 129/130v, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fls. 138/139).

É o relatório.

V O T O.

Como visto, a recorrente alegou que o magistrado de primeiro grau deveria ter determinado a realização de prova pericial, haja vista que existe legislação assegurando aos servidores públicos do recorrido a percepção de adicional de insalubridade. Com base nisso, pugna pela designação de prova pericial, a fim de que seja examinado o grau de insalubridade da sua atividade.

“*Ab initio*”, faz-se necessário registrar que, consoante se extrai dos documentos juntados aos autos, a ora apelante é servidora da edilidade recorrente, ocupante do cargo público de gari, com submissão ao regime estatutário.

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 constitucional, 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). Quer dizer, 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 o apelante, em verdade, via manejo analógico, emprestar-se a pedido claramente estatutário efeitos peculiares da legislação reitora do vínculo de emprego privado (art. 192, CLT¹).

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 encontra-se previsto no “caput” do art. 37 da CF/88².

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, ensina **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**³:

“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

¹ “**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.”.

² “**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:”.

³ “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 17ª ed., 2007.

princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”.

MORAES⁴:

No mesmo tom, elucida **ALEXANDRE DE**

*“O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, 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, em que será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba.** Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.*

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que, apesar do desprestígio da lei, “o princípio da legalidade subsiste e é a cúpula do sistema jurídico dos Estados de derivação liberal, como o Brasil.”.

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.

Nos autos consta apenas a LOM que, em seu art. 108, XV, preleciona que são direitos dos servidores públicos municipais, entre outros, a percepção de *“adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”*. Ou seja, apenas juntou lei municipal que necessita de outra lei que regulamente o direito ao adicional de insalubridade ali previsto, definindo as atividades consideradas insalubres, 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. **Por esse motivo,**

⁴ In “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 1ª. edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002, pág. 781.

desnecessária seria a designação de perícia, a fim de ser examinado o grau de insalubridade da atividade da apelante.

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)

Em caso semelhante ao dos autos, esta Egrégia Câmara Cível decidiu:

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

“APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE SÃO MAMEDE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTE DE LIMPEZA PÚBLICA. PLEITO RECURSAL QUE PUGNA POR PRODUÇÃO DE PROVA INDEFERIDA PELO JUÍZO PRIMITIVO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. APELO IMPROVIDO. - Encontrando-se o juiz singular pronto para proferir o julgamento, diante da liberdade que lhe conferida pela lei para apreciar as provas dos autos e formar seu convencimento, poderá ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, e assim, antecipar o deslinde da causa. - REMESSA DE OFÍCIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTE DE LIMPEZA PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SÃO MAMEDE. VANTAGEM INSTITUÍDA DE FORMA GENÉRICA PELA LEI MUNICIPAL. NÃO PREVISÃO DE PERCENTUAIS E BASE DE CÁLCULO. APLICABILIDADE SUPLETIVA DE LEI DEVE SER ANTECEDIDA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REFORMA DO DECISUM. PROVIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO. - *Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, § 3º, da Constituição da República, os agentes públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda. - Não havendo previsão legal dos elementos indispensáveis à concessão do adicional de insalubridade, como o seu percentual e sua base de cálculo, não se pode aplicar supletivamente a legislação trabalhista, a estadual ou a federal, relativa a servidores públicos, se não houver dispositivo legal no âmbito municipal que o autorize.* TJPB - Acórdão do processo nº 0000622-57.2011.815.0501 - Órgão (2ª CÂMARA CÍVEL) - Relator DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO - DJPB 06/02/2014” (Grifei)

Sem destoar:

“AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. AGENTE DE LIMPEZA URBANA. MUNICÍPIO DE GUARABIRA. VANTAGEM INSTITUÍDA DE FORMA GENÉRICA PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. REGULAMENTAÇÃO A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 846/2009. IRRETROATIVIDADE DO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI

REGULAMENTADORA. REEXAME NECESSÁRIO E APELO DESPROVIDOS. Segundo o disposto no artigo 475 do CPC e no enunciado da Súmula nº 490 do STJ, a sentença ilíquida, proferida contra a Fazenda Pública, suas autarquias e fundações de direito público, está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Por força da ausência de previsão normativa no art. 39, § 3º, da Constituição da República, os servidores públicos não fazem jus, de forma automática, ao adicional de insalubridade, mostrando-se necessária interposição legislativa para que essa garantia a eles se estenda. A Lei orgânica do município de guarabira, apesar de dispor acerca da possibilidade de concessão do adicional de insalubridade, não prevê todos os elementos necessários para o seu deferimento, sendo, pois, norma de eficácia limitada, sem aplicabilidade imediata. A partir da edição da Lei municipal nº 846/2009, regulamentadora das atividades penosas, insalubres ou perigosas, devido é o adicional pelo desempenho de atividade insalutífera. Irresignação da edilidade. Terço constitucional de férias. Prévio requerimento. Com- provação de gozo. Desnecessidade. Garantia constitucional. Desprovimento. O direito à férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais do salário normal é assegurado pela Carta Magna em seu art. 7º, inc. XVII, sendo que tal direito foi expressamente estendido aos servidores públicos, nos termos do art. 39, § 3º da Lei maior. O pagamento do terço constitucional de férias prescinde de prévio requerimento ou efetivo gozo do descanso pelo servidor. (TJPB; AC 018.2009.001133-1/001; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho; DJPB 10/12/2013; Pág. 13)” (Grifei)

Outrossim, 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.

Destarte, essa conjuntura não deixa espaço para outro caminho senão o da improcedência do pedido em foco, eis que inexistente base legal para a concessão do adicional de insalubridade perseguido pelo apelante.

Como visto, a autora pugna, ainda, pela reforma da sentença no que concerne às horas extras, deduzindo este restou prejudicado posto que sequer foi analisado na r. sentença, o que também se fazia necessária a produção de prova testemunhal.

Inicialmente, vale ressaltar que a Carta Magna, em seu art. 7º, XVI, assegura a todos os trabalhadores urbanos ou rurais a percepção de acréscimo de remuneração pelo exercício de suas funções em sobrejornada. Adiante, a Carta Política, em seu art. 39, estende expressamente esta garantia aos ocupantes de cargo público.

A referida vantagem, portanto, decorre diretamente do texto constitucional, que é claro ao assegurar que o trabalho realizado em sobrejornada deve ser remunerado de forma que supere em pelo menos 50% (cinquenta por cento) a remuneração do trabalho normal.

O preceito constitucional acima ressaltado visa resguardar a dignidade do trabalhador através de uma compensação por um trabalho exercido em condições desgastantes.

No caso em comento, contudo, não há como albergar a pretensão manejada pelo autor, eis que, não consta tal pedido na exordial, sendo caso de inovação recursal.

Como é cediço, não pode o apelante utilizar argumentos que não foram ventilados em primeiro grau, em respeito ao duplo grau de jurisdição.

DISPOSITIVO

Por tais razões, **nega-se provimento** à
apelação cível.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo Dr. Tércio Chaves de Moura, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo Des. Luíz Silvio Ramalho Júnior.

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Janete Maria Ismael da Costa Macedo Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa 17 de julho de 2018.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator

