



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

REEXAME NECESSÁRIO nº 0001235-52.2016.815.0000

RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

AUTOR :Gerlania Bezerra de Lima Marques

ADVOGADO :Sebastião Fernandes Botelho (OAB/PB 7.095)

:Fabrício Abrantes de Oliveira (OAB/PB 10.384)

RÉU :Município de Nazarezinho

REMETENTE :Juízo de Direito da 5ª Vara da Comarca de Sousa

CONSTITUCIONAL e

ADMINISTRATIVO - Reexame necessário – Ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer – Servidor público municipal – Agente comunitário de saúde – Regime jurídico estatutário - Pretensão ao adicional de insalubridade – Princípio da legalidade – Art. 37, “*caput*”, CF/88 – Lei local – Necessidade – Ausência de previsão legal – Súmula 42 do TJPB – Verba indevida - Procedência parcial do pedido – Sentença em patente confronto com Súmula desta Corte de Justiça - Reforma do *decisum* - Artigo 932, V, do CPC/15 – Provimento.

- Para o Supremo Tribunal Federal, como não há na Constituição da República preceito que determine expressamente o pagamento de adicional de insalubridade aos 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.

- Inexistindo base legal para a concessão do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde do Município de Nazarezinho, a improcedência do pedido em foco se impõe.

Vistos, etc.

Trata-se de reexame necessário oriundo da sentença de fls. 100/102, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Comarca de Sousa que, nos autos da ação ordinária de cobrança c/c obrigação de fazer, sob o nº. 0001235-52.2016.815.0000, ajuizada por **GERLANIA BEZERRA DE LIMA MARQUES** em face do **MUNICÍPIO DE NAZAREZINHO**, julgou parcialmente procedente a pretensão perseguida na inicial, para “condenar o réu na obrigação de fazer, consistente no pagamento mensal do adicional de insalubridade, no percentual de 20% sobre o valor do salário mínimo vigente, bem como na obrigação de pagar a(o) autor(a) os valores retroativos do mencionado adicional, a partir de 12 de março de 2012 até sua efetiva implantação”.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça deixou de emitir parecer, ao argumento de que se afigura desnecessária a sua intervenção (fl. 112).

É o relatório.

Decido.

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. Entretanto, não proibiu que as leis federais, estaduais ou municipais prevejam gratificações para o servidor público que exerce atividade insalubre.

Assim, 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

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.”

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** que “*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*”³.

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 parte autora 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 parte autora.

Sobre o tema, veja-se o que consignou a eminente **Min. Cármen Lúcia**, relatora, em seu voto no RE 565714/SP⁴:

“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

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.

⁴ 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

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)

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.”⁵ (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

⁵ STF – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau - AI 559936 AgR - julgado em 21/03/2006, DJ 20/04/2006 PP-00023, PP-01681

federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.”⁶. (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 aprovada a seguinte súmula:

“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, inexistente notícia de previsão legal no Município que reconheça a atividade agente comunitário de saúde como insalubre. Embora a Lei Municipal n. 465/2012 tenha regulamentado o referido adicional, verifica-se que no rol previsto no seu art. 3º não foram mencionadas as atividades dos agentes comunitários de saúde como sendo insalubres.

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.

Ademais, analisando casos idênticos aos autos, esta Corte de Justiça também entendeu pela impossibilidade de analogia com normas celetistas ou jurídico-administrativas de outro ente federado, para fins de concessão do adicional de insalubridade, conforme se observa dos seguintes julgados:

“COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BREJO DOS SANTOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INEXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO DA AUTORA. INSUFICIÊNCIA DA PREVISÃO DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 001/2009 PARA IMPLANTAÇÃO DO ADICIONAL PRETENDIDO. IMPOSSIBILIDADE DE ANALOGIA COM NORMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS OU COM LEI DE OUTRO ENTE FEDERADO. AUTONOMIA MUNICIPAL. SÚMULA N. 42 DO TJPB. DESPROVIMENTO. 1. O adicional de insalubridade só é devido a agente público submetido a vínculo estatutário ou temporário se houver previsão em lei específica do respectivo ente federado, sendo descabida a analogia com normas celetistas ou jurídico-administrativas de ente federado diverso, em respeito a

⁶ STF – 1ª. Turma – Rel. Min. Moreira Alves – RE nº. 169173/SP – DJU 16/05/1997, pág. 19965.

autonomia municipal. Inteligência da Súmula n. 42 deste Tribunal de Justiça. 2. A Lei Complementar Municipal n. 001/2009, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores do Municipais de Brejo dos Santos, condiciona o pagamento do adicional de insalubridade a regulamentação em lei específica, ainda inexistente.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 01420792220138150141, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 07-06-2016) (grifei)

E:

“APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. ODONTÓLOGA PSF. PLEITO DE PERCEPÇÃO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA DOS CARGOS E PERCENTUAIS DEVIDOS. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. SÚMULA 42, TJPB. MERA REMISSÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE AFRONTAS ÀS AUTONOMIA FEDERATIVA E LEGALIDADE ESTRITA. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. (...) “ O Município de Brejo dos Santos, como ente federado, possui liberdade e autonomia, no âmbito de sua competência, para estabelecer e regulamentar direitos a seus servidores municipais, diante do princípio federativo, insculpido no art. 18, da Carta Magna, pelo que, diante da ausência de Lei específica regulamentando o percebimento do adicional de insalubridade, em obediência ao princípio da legalidade, impossível a concessão de tal verba aos servidores municipais”. Desse modo, à extensão do adicional de insalubridade a determinada categoria de servidores municipais, não se admite a autorização genérica e ampla da lei municipal que permite, na falta de lei específica, a aplicação supletiva de normas celetistas ou jurídico-administrativas de ente federado diverso, sob pena de ofensas à autonomia municipal e à legalidade estrita.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00000678220138150141, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA , j. em 27-06-2016)” (grifei)

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 pela parte autora, motivo pelo qual é de ser reformada a sentença primeva.

Por fim, registro que se a decisão mostra-se contrário à Súmula do Colendo STF, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, é aplicável o art. 932, V, alínea “a”, do CPC/2015, numa forma de privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional. Diz o dispositivo:

“Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;”

Por todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015, **dou provimento à remessa necessária**, para reformar a sentença recorrida em todos os seus termos, julgando improcedente a pretensão deduzida na inicial.

Na hipótese, face a inversão da sucumbência, condeno o autor a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos dos §§ 2º e 6º do art. 85 do NCPC, ressalvando-se, entretanto, o disposto no art. 98, § 3º.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 16 de novembro de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator