Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003313-28.2012.815.0301 - Pombal
RELATORA : Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
APELANTE : Hildemy Onias de Sousa
ADVOGADO : Antônio Cezar Lopes Ugulino
APELADO : Município de Pombal
ADVOGADO : Júlia Márcia Lourenço de A. M. Medeiros

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO – LEI ESPECÍFICA A REGULAMENTAR O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO – NORMA LOCAL QUE NÃO CONTEMPLA OS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS TRABALHISTAS – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SUMULA 42 DO TJPB – REFORMA DO *DECISUM* – PROVIMENTO DO APELO.

Sendo os promoventes servidores públicos estatutários e existindo norma a regulamentar a concessão de adicional de insalubridade que não contemplou o cargo de agente comunitário de saúde, 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.

Vistos etc.

Trata-se de Apelação Cível (fls. 401/414) interposta por Hildemy Onias de Sousa e outros se insurgindo contra a sentença (fls. 395/398) do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pombal, que julgou improcedente a Ação de Cobrança promovida pelos apelantes contra o Município de Pombal, ao fundamento de "inexistindo lei local específica regulamentando a matéria, é de ser julgado improcedente o pedido de adicional de insalubridade."

Os apelantes irresignado aduzem que o adicional de insalubridade é devido, pois a Lei Municipal nº 717/1991 estatui em seu art. 68 garantiu o direito de receber referido adicional.

Além disso, deve ser observado a dignidade da pessoa humana, de toda sorte razoável pela atividade desenvolvida e que seja reconhecido o direito de receber o benefício.

Por fim, pugnam pelo provimento do recurso, modificando a sentença, a fim de ser julgada procedente a ação.

Intimado o apelado para apresentar as contrarrazões, manifestou-se pelo desprovimento do recurso, fls. 433/447.

Parecer do Ministério Público opinando pelo prosseguimento do feito sem manifestação de mérito, porquanto ausente interesse público que torne necessária a intervenção ministerial, fls. 454/455.

É o Relatório.

Decido.

Os apelantes insurgem-se, no presente apelo, contra a sentença que desacolheu o pedido inicial e não reconheceu o direito de receber o adicional de insalubridade.

Conforme relatado, a magistrada sentenciante julgou o pleito improcedente. Entendeu que diante da ausência de lei local específica o adicional de insalubridade não pode ser reconhecido tal benefício.

Ab initio, é importante registrar que, consoante se extrai dos documentos, os autores são servidores públicos estatutários, 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 derrogáveis</u>[1]. (Grifei).**

Portanto, para que seja concedida alguma gratificação ou adicional aos promoventes (servidores públicos estatutários) é necessária expressa previsão em lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

[1] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo* – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 258.

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 na Lei nº 717, de 25 de junho de 1991, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Municiais previsão da gratificação do adicional de insalubridade (art. 67 e seguintes) e que a Lei específica 755/1992, ao especificar os cargos a serem abrangidos pelo adicional de insalubridade, os respectivos percentuais para fins de quantificação do pagamento deixou de incluir os agentes comunitários de saúde, resta inviável o deferimento do pleito, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Eis o teor da norma:

> Art. 67 – Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.
> […]
> Art. 70 – Na concessão dos adicionais de atividades penosas, insalubridade e periculosidade, serão observadas as situações específicas na legislação municipal, especialmente a Lei 755/992.

A Lei nº 755/1992, estabeleceu no art. 1º o percentual e no art. 2º os cargos que foram considerados insalubres. Outras normas posteriores, a Lei nº 1303/2007, Lei nº 1341/2008 trataram da matéria, mas nenhuma delas

[2] MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 414.

incluiu o cargo de agente comunitário na condição de insalubridade. Por isso, não se pode utilizar de forma subsidiária as citadas normas, para inserir o cargo dos apelantes nessa condição.

No mesmo sentido a Constituição Federal estabelece, pois a regra 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 aos promoventes 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 os autores – servidores públicos estatutários – 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 dos postulantes, 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 dissonância com entendimento dominante neste Egrégio Tribunal, merece ser reformada.

[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

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.

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 prevendo o adicional de insalubridade no Município, a norma especifica não incluiu a categoria dos agentes comunitários de saúde, não há que se falar em aplicação analógica da Norma Regulamentadora 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Pelo exposto, NEGO SEGUIMENTO ao recurso apelatório, com fulcro no art. 557, caput do CPC, para manter a sentença pelos seus próprios fundamentos.

P. I.

João Pessoa, 6 de abril de 2016.

Des.ª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

G/04