



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000536-78.2011.815.0051 - São João do Rio do Peixe
RELATORA : Des.^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
APELANTE : Arlinda Francisca da Conceição
ADVOGADO : Almair Beserra Leite (OAB/PB 12151)
APELADO : Município de Triunfo
ADVOGADO : José Airton Gonçalves de Abrantes (OAB 9898)

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. INCIDÊNCIA DO CPC/1973. INÉRCIA. PRECLUSÃO. REJEIÇÃO.

Da decisão que indeferiu o pedido de realização de perícia, a parte não interpôs Agravo de Instrumento, mecanismo ao tempo adequado para reverter o entendimento do magistrado. Dada a inércia, despontou-se a incidência da preclusão, sendo desarrazoado agora alegar a matéria.

MÉRITO. APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE COBRANÇA. IMPROCEDÊNCIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA A REGULAMENTAR O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 42 DO TJPB. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. DESPROVIMENTO DO APELO.

Sendo a promovente servidora pública 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.

Súmula 42 do TJPB: 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.

Vistos etc.

Trata-se de Apelação Cível (fls. 112/122) interposta por Arlinda Francisca da Conceição insurgindo-se contra a sentença (fls. 109/110) do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de São João do Rio do Peixe, que julgou improcedente a Ação Ordinária promovida pela apelante contra o Município de Triunfo, por não haver lei específica que trate do adicional de insalubridade.

O apelante aduz que o adicional de insalubridade é devido, pois no Município em questão há a Lei Municipal 283/2005 – Estatuto dos Servidores do Município de Triunfo que prevê a gratificação de insalubridade, art. 103 e art. 129, dispositivo este que estipula inclusive os percentuais. Além de que a norma remete a aplicação da norma estabelecida pelo Ministério do Trabalho, sendo a NR-15 que regulamenta a questão, restando satisfeita a exigência de norma específica. Por fim, afirmou haver cerceamento de defesa, dado o indeferimento de prova pericial e pede a reforma da sentença.

Intimada a parte apelada para apresentar as contrarrazões, ficou inerte, fls. 125.

Parecer do Ministério Público opinando pela rejeição da preliminar de cerceamento de defesa e no mérito, sem manifestação, com base da Recomendação Conjunta 001/2012 da PGJ e CGMP e Recomendação nº 34/2016 do CNMP, fls. 132/136.

É o Relatório.

Decido.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Inobstante a sentença tenha sido publicada sob a égide do NCPC, em que transportaria o alegado cerceamento de defesa para o apelo, no caso em concreto, faço as seguintes ponderações:

Às fls. 55, consta petição, datada de maio de 2012 em que a parte pede a realização da perícia, pleito apreciado pelo magistrado em decisão em novembro de 2012, com indeferimento do pleito, fls. 57.

Da r. decisão a parte manteve silente, porquanto não interpôs Agravo de Instrumento, mecanismo ao tempo adequado para reverter o entendimento do magistrado.

A inércia da parte ensejou a preclusão, sendo desarrazoado agora alegar a matéria.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

A apelante insurgiu-se, no presente apelo, contra a sentença que julgou improcedente o pedido relativo de implantação e consequente pagamento

do adicional de insalubridade ao Auxiliar de Serviço Gerais.

Ab initio, é importante registrar que, consoante se extrai dos documentos de fls. 13, 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, 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 derogáveis¹.

Portanto, para que seja concedida alguma gratificação ou adicional à promovente 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 percebendo².

Considerando, pois, que apesar de haver no Estatuto dos Servidores do Município em questão previsão da gratificação do adicional de insalubridade, não há prova de lei municipal regulamentando a questão,

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.

porquanto a legislação local – estatuto – não especificou os cargos a serem abrangidos pelo adicional de insalubridade, resta inviável o deferimento do pleito, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

A norma apenas previu o percentual e fez remissão aos limites estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, *ex vi* do art. 109 da Lei nº 283/95.

Por sua vez, a Constituição Federal estabelece no art. 7º, XXIII que o adicional é devido “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 a autora – servidor público estatutária – mereceria esse benefício se houvesse lei instituindo o pagamento dessa verba para o seu cargo.

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

In casu, aplica-se a Súmula TJ/PB 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.

A jurisprudência desta Corte de Justiça proclama:

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. 37, da Constituição Federal.³

Outro precedente: TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00027707820128150251, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES, j. em 25-11-2014

Com efeito, estando a sentença recorrida em consonância com entendimento sumulado deste 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.

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

³ TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00019159520138150241, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, j. em 16-12-2014.

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.)

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.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso apelatório, com fulcro no art. 932, IV, “a” do CPC, para manter a sentença, em razão da carência de lei específica, apta a regulamentar o adicional de insalubridade.

P. I.

João Pessoa, 6 de junho de 2018.

Des.^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
RELATORA

G/04