



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

ACÓRDÃO

Apelação Cível – nº. 0001351-03.2012.815.0581

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Apelante 01: Antônio Nascimento dos Santos – Adv.: Marcos Antônio Inácio da Silva (OAB/PB 4.007).

Apelante 02: Município de Marcação – Adv.: Antônio Leonardo Gonçalves de Brito Filho (OAB/PB 20.571).

Apelados: Os mesmos.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUXILIAR DE LIMPEZA URBANA. GARI. VANTAGEM INSTITUÍDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº 11/2012. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TEMA JULGADO RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL (RE 870.947/SE – TEMA 810). JUROS MORATÓRIOS NO MESMO ÍNDICE APLICADO À CADERNETA DE POUPANÇA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DAS PARCELAS RETROATIVAS PELO IPCA-E. **DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO APELO.**

- Em atenção ao princípio da legalidade que rege a Administração Pública, o adicional por exercício de atividade insalubre depende de previsão na Lei local. Assim, havendo previsão em lei local quanto ao pagamento do benefício, o seu pagamento ao

servidor que preenche os requisitos necessários, é dever do poder público, inclusive quanto ao retroativo.

- Os juros moratórios devem incidir nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960, de 29/06/2009, ou seja, os juros aplicáveis à caderneta de poupança e a correção monetária segundo o IPCA-E, conforme decidido pelo STF ao apreciar o tema 810 em repercussão geral.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao primeiro apelo e dar provimento parcial ao segundo recurso.

RELATÓRIO

Tratam-se de duas Apelações Cíveis, uma interposta por **Wellington de Lima Izidoro** e outra pelo **Município de Marcação/PB**, hostilizando a sentença do Juízo de Direito da Comarca de Rio Tinto/PB, que nos autos da Ação Ordinária de Cobrança de Adicional de Insalubridade, julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial.

Nas razões recursais (fls. 85/87-V), o primeiro apelante sustentou que a atividade por ele desempenhada se enquadra perfeitamente na tipificação de atividades insalubres. Alegou, ainda, que, no que se refere ao período anterior a edição da Lei Municipal nº 11/2012, a Lei Orgânica do Município, em seu art. 89, inc. VI, já previa como direito do servidor público o adicional de insalubridade e pela ausência de decreto municipal disciplinando a matéria, naquele período, requereu a aplicação analógica do Anexo 14 da NR – 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso no sentido de que seja julgado totalmente procedente o pedido formulado na exordial, condenando o município apelado ao pagamento do adicional de insalubridade mais os reflexos nas demais verbas durante todo o período trabalhado e não

atingido pela prescrição quinquenal, tudo com a devida correção monetária e incidência de juros. Requereu, ainda, a inversão do ônus da sucumbência em favor da parte autora.

Nas razões recursais (fls. 88/93) o segundo apelante alegou a impossibilidade de pagamento retroativo do adicional de insalubridade tendo em vista que o direito a sua percepção só foi assegurado a partir da entrada em vigor da Lei Municipal nº 11/2012, que se deu em 30.03.2012. Requerendo, dessa maneira, que fosse excluído da condenação os valores referentes aos meses de janeiro a março de 2012. Pleiteou, ainda, que, no que se refere aos juros e correção monetária, fossem observados o entendimento atualizado da jurisprudência pátria.

Contrarrazões recursais apresentadas por Antônio Nascimento dos Santos (fls. 98/100), rebatendo as insurgências do segundo apelante e requerendo a manutenção da sentença.

Contrarrazões recursais apresentadas pelo Município de Marcação/PB (fls. 102/104), requerendo que seja negado provimento ao recurso do primeiro apelante.

Instada a se pronunciar, a Procuradoria de Justiça não vislumbrou hipótese para sua intervenção (fls. 115/116).

É o relatório.

VOTO

Ab initio, conheço do Apelo porquanto presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

Ante a similitude das matérias postas ao debate, os dois apelos serão analisados de forma conjunta.

O cerne da questão diz respeito ao direito à percepção do adicional de insalubridade, por servidor ocupante de cargo de Gari no Município de Marcação-PB.

Observa-se dos documentos encartados aos autos (fls. 19/41) que o primeiro apelante é servidor público municipal, exercendo a função de Gari, desde 01/07/1998, e que não percebe adicional de insalubridade, benefício esse que entende fazer jus.

Sobre o adicional de insalubridade, preceitua o art. 7º, XXIII da CF/88:

"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;"

As atividades ou operações insalubres são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Por oportuno, ressalte-se ainda o previsto no art. 39, §3º da Carta Magna:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

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.

Com a advento da Emenda Constitucional nº 19/98 e, por consequência, a reforma do § 3º, do art. 39 da Constituição Federal, que não fez menção ao inciso XXIII, do citado art. 7º, do mesmo diploma, surgiram divergências acerca da supressão do adicional de insalubridade para os servidores públicos e a possibilidade de utilização de normas outras, por analogia, para sua concessão.

Ressalte-se que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), portanto, o direito à percepção da referida gratificação pelo servidor dependerá de

disposição em legislação própria, cujo regramento compete a cada ente federativo.

Acerca do tema, leciona Hely Lopes Meirelles que:

[...] 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 [...] (Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 414).

Assim, a concessão do benefício (adicional de insalubridade) aos servidores públicos apenas se dará quando existir expressa previsão em lei local neste sentido, inclusive quanto ao percentual.

Impende-se ressaltar que, a Lei Municipal nº 11 de 30 de março de 2012, do Município de Marcação/PB, (fls. 10/15), dispôs sobre o pagamento do adicional de insalubridade aos servidores municipais, nos seguintes termos:

Art. 1º. O adicional de Insalubridade e o Adicional de Periculosidade ou Risco de Vida serão concedidos aos servidores públicos municipais, na forma e condições definidas nesta Lei.

Art. 5º. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo órgão competente, assegura ao servidor, a percepção de adicional, segundo os graus e percentuais: I – Grau Máximo – 40% (quarenta por cento); II – Grau Médio – 20% (vinte por cento); e III – Grau Mínimo – 10% (dez por cento).

Parágrafo Único. O valor do adicional de insalubridade será calculado sobre o salário mínimo, com aplicação dos percentuais correspondentes aos respectivos graus, conforme definidos neste artigo.

Art. 6º São consideradas insalubres, para efeitos de percepção do adicional previsto no art. 2º, as atividades abaixo relacionadas, classificadas conforme o grau:

I – Insalubrid

a)

G

a

ri – Operário e Auxiliar de Serviços Gerais, quando em contato permanente com agentes biológicos, na coleta de lixo e/ou distribuição de lixo urbano ou, ainda, na limpeza e/ou obras em esgotos em geral.

Assim sendo, para que a administração pública possa agir é necessário a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa, desse modo, diante da presença de legislação municipal regulamentadora da concessão de adicional de insalubridade, inclusive quanto aos percentuais, perfeitamente cabível o seu recebimento pelo servidor público municipal que exerce suas funções em condições que o exponha a agentes nocivos à saúde.

Portanto, vê-se que o ente municipal previu e regulamentou tal benefício em norma específica, atribuindo ao cargo de Gari a percepção em grau máximo, que corresponde a 40% (quarenta por cento) sobre o salário, conforme art. 5º do mesmo diploma normativo, fato este que possibilita a concessão do respectivo adicional ao primeiro recorrente.

Ainda, de acordo com os comandos insertos no art. 22 do Lei Municipal 11/2012 de 30.03.2012, o referido diploma normativo entrou em vigor na data da sua publicação e seus efeitos retroagiram ao dia 01.01.2012.

Diante de tais considerações, somente a partir da edição da referida lei é devido o adicional de insalubridade aos servidores municipais do Município de Marcação/PB.

Ademais, conforme salientou o magistrado singular, a edilidade só comprovou por meio de fichas financeiras (fl. 62/71) que vem efetuando administrativamente o pagamento do respectivo adicional a partir de junho de 2012.

Sendo assim, a sentença não merece reforma, pois, já que os efeitos da lei retroagiram a 01.01.2012 e diante da ausência de prova que o Município de Marcação/PB tenha efetuado algum pagamento de parcelas

atrasadas na esfera administrativa, subsiste a pretensão do servidor público em ver condenado o ente municipal ao pagamento do percentual do adicional de insalubridade nos meses de janeiro a maio de 2012.

Nesse sentido, é o posicionamento que a jurisprudência deste Tribunal vem assumindo diante da matéria em exame, conforme se depreende dos seguintes julgados:

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA. SUBLEVAÇÃO DO PROMOVIDO. NULIDADE DA SENTENÇA. DEFERIMENTO DE PLEITO DIVERSO DO POSTULADO NA EXORDIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NULIDADE DECRETADA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 1.013, § 3º, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. **SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA POR LEI MUNICIPAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 42 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.** - Constatado que a sentença não está em conformidade com os limites da lide, tendo em vista o deferimento de pleito diverso do postulado na exordial, deve ser decretada a sua nulidade. - Conforme disposto no art. 1.013, §3º, II, do Código de Processo Civil, decretada a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando o processo estiver em condições de imediato julgamento. - Inobstante haja, no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, previsão de direito à percepção do adicional de insalubridade, referida norma é de eficácia limitada, significa dizer, necessita de regulamentação específica estabelecendo quais são as atividades insalubres e os percentuais correspondentes aos valores devidos. - O Município de Itabaiana possui liberdade e autonomia, no âmbito de sua com (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002097420158150381, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. FREDERICO MARTINHO DA NÓBREGA COUTINHO , j. em 18-12-2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. VIGILANTES. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

MUNICÍPIO DE MARCAÇÃO. VANTAGEM INSTITUÍDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº 11/2012. BENESSE DEVIDA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI REGULAMENTADORA. RETROATIVO TAMBÉM DEVIDO ATÉ A DATA DA SUA EFETIVA IMPLANTAÇÃO. ADICIONAL NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO. PROVAS TRAZI PELA EDILIDADE DEMONSTRANDO A CARGA HORÁRIA DIURNA DOS RECORRENTES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. - A partir da edição da Lei Municipal nº 11/2012, é devido aos servidores municipais, que exercem a função de vigilante, o adicional de periculosidade, no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o salário mínimo. - Em que pese os recorrentes já venham percebendo em seus contracheques o adicional de insalubridade no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o salário mínimo, não lhes é devido tal benefício, já que de acordo com a lei municipal, são devidos aos profissionais que exercem a função de vigilantes o adicional de periculosidade, no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o salário mínimo. Ainda de acordo com a referida lei não poderão ser cumulados os referidos adicionais, devendo o servidor fazer jus àquele de maior valor, acaso lhe seja devido os dois adicionais. - Na hipótese, não é devido aos recorrentes o adicional noturno. É que, embora os recorrentes tenham informado, em suas iniciais, que laboravam em regime de plantão (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013631720128150581, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO , j. em 11-04-2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO DE GARI. MUNICÍPIO DE ITABAIANA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA MUNICIPAL. BENESSE INDEVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO COM BASE UNICAMENTE NA NR-15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. DESPROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. - 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. Ausente lei local que regulamente a concessão da gratificação por exercício de atividade insalutífera, é indevido o pagamento da vantagem. - Afigura-se descabida, portanto, a pretensão de deferimento do adicional de insalubridade com base unicamente na norma regulamentadora nº. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratar de dispositivo aplicável unicamente aos empregados celetistas.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00014574620138150381, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, j. em 05-12-2017)

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA

Quanto à correção monetária e aos juros de mora incidentes sobre a condenação do Município demandado, faz-se necessária a adequação do decisório aos termos da decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 870.947/SE, Tema 810, em Repercussão Geral¹.

No caso dos autos, a data inicial da condenação ao pagamento retroativo do adicional de insalubridade, fixado na sentença, fls. 65/67, foram os meses de janeiro a maio de 2012.

Portanto, a condenação abarca apenas período em que já estava em vigor a Lei n. 11.960/09, sendo assim, o montante a ser restituído, quanto aos juros de moratórios, deverá ser fixado segundo o índice oficial de

¹ "O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina". (RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728>>. Acesso em 26.02.2018.

atualização aplicável às cadernetas de poupança, conforme alteração introduzida pela referida norma ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Quanto a correção monetária, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento ocorrido em 20/09/2017, com Repercussão Geral, Tema 810, do RE n. 870.947, no que toca aos débitos da Fazenda Pública, não inscritos em precatório, foi fixado o entendimento pela inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, que fixa a correção monetária segundo os índices de remuneração da caderneta de poupança, tendo em vista a ofensa ao direito de propriedade.

Naquela oportunidade, o Relator, Ministro Luiz Fux, a fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendeu que devem ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.

E, por naquele momento, a Corte ter assentado que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), nesse sentido, votou pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que fosse o ente federativo.

Desse modo, nas condenações impostas à Fazenda Pública, quanto aos juros moratórios, devem ser observados os critérios estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960, de 29/06/2009, ou seja, os juros aplicáveis à caderneta de poupança. No que se refere a correção monetária de crédito ainda não inscrito em precatório, deverão ser corrigidos pelo IPCA-E, conforme decidido pelo STF ao apreciar o tema 810 em repercussão geral.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO e DOU PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO APELO**, apenas para modificar a sentença no tocante à condenação da fazenda pública, no sentido de que sobre a condenação imposta ao Município de Marcação incidam juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação e correção monetária pelo IPCA-E, a partir do adimplemento, mantendo-se a sentença de primeiro grau em todos os seus demais termos.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Marcos Cavalcanti de Albuquerque – Relator, Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz convocado para substituir a Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes) e Wolfram da Cunha Ramos (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides).

Presente ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Marcus Vilar Souto Maior, Procurador de Justiça.

Sala de sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 31 de julho de 2018.

Desembargador **Marcos Cavalcanti de Albuquerque**
R e l a t o r