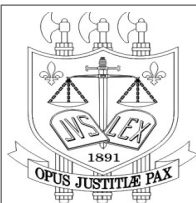


Processo nº. 0000906-33.2013.815.1071



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

Acórdão

Apelação Cível – nº. 0000906-33.2013.815.1071

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Apelante: Rosilene Aguiar da Costa – Adv.: Cláudio Galdino da Cunha (OAB/PB nº 10.751)

Apelado: Município de Jacaraú – Adv.: Paulo Rodrigues da Rocha (OAB/PB nº 2.812)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. MUNICÍPIO DE JACARAÚ. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRELIMINAR: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. MÉRITO: AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA PREVENDO O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA OU ANALÓGICA DE NORMAS CELETISTAS OU OUTRAS EDITADAS POR ENTES DIVERSOS. ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA E **DESPROVIMENTO DO APELO.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em rejeitar a preliminar e, no mérito, por igual votação, negar provimento ao apelo.

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Rosilene Aguiar da Costa** hostilizando a sentença proferida pelo Juízo de da Comarca de Jacarapu-PB, nos autos da Ação de Cobrança ajuizada pela apelante contra o **Município de Jacaraú-PB**.

A sentença julgou improcedente o pedido ante inexistência de Lei Municipal regulamentando o benefício.

Insatisfeita, em suas razões recursais, a apelante suscita preliminarmente, ausência de fundamentação da sentença, no mérito, sustenta a necessidade de reforma da sentença, para que seja a edilidade seja condenada ao pagamento retroativo do benefício.

Para tanto, se insurge da sentença asseverando que o adicional de insalubridade está previsto no art. 105,VI, da Lei Orgânica de Jacaraú-PB.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 63.

Instada a se manifestar a Procuradoria de Justiça emitiu parecer, todavia não se pronunciou sobre o mérito da causa, por entender ausente o interesse público no feito (fls. 70/74).

É o relatório.

VOTO

Ao compulsar os autos, verifico a presença dos

pressupostos exigidos para a admissibilidade recursal, conheço do presente recurso.

PRELIMINAR: Nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

A apelante alega que a sentença é nula, por que o Magistrado singular não fundamentou o indeferimento da prova pericial e fundamentou deficientemente a rejeição do mérito.

Compulsando os autos, observa-se que, ao contrário do alegado, tais questão foram devidamente debatidas na sentença, conforme se observa dos seguintes trechos da decisão (fl. 50):

“O simples fato de o Regime Jurídico dos Servidores Municipais prever a possibilidade de percepção de adicional de insalubridade, não autoriza o pagamento respectivo, uma vez que a referida Lei Municipal determinou que a lei própria definisse quais as atividades insalubres ou perigosas que renderiam direito ao adicional.

Assim, despicienda no caso concreto a realização de perícia judicial atestando a existência de atividade insalubre ou perigosa, porquanto ausente regulamentação da legislação municipal a permitir o pagamento do adicional respectivo.”.

Como se vê, no presente caso, não há que se falar em nulidade da sentença, porquanto a sentença encontra-se formalmente embasada, e ajustada aos ditames legais e jurisprudenciais, tendo o magistrado *a quo* rejeitado fundamentadamente as questões suscitadas.

Nestes termos rejeito a preliminar.

MÉRITO

O cerne da questão consiste em verificar o direito ou não da apelante, que exercia o cargo de atendente de consultório no Município de Jacaraú, à percepção de adicional de insalubridade, em razão da exposição a agentes patológicos no exercício de sua função, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2012.

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

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;

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.

Assim sendo, para que a administração pública possa agir é necessário a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa, dessa maneira, ante a ausência de legislação municipal regulamentadora da concessão de adicional de insalubridade para o caso da servidora do Município de Jacarú, não é possível acolher o pedido correspondente, apontada a autonomia municipal para legislar sobre a questão.

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.

Analisando a legislação local sobre a matéria, verifica-se que o cargo provido pela apelante efetivamente não está enquadrado na classificação legal dos cargos que possuem direito ao adicional de insalubridade por falta de legislação específica.

Desse modo, a Lei Orgânica do Município de Jacaraú - PB, regulamenta o adicional de insalubridade de maneira geral, sem especificar o grau nem para qual servidor é destinada a gratificação,

motivo pelo qual não serve para garantir especificamente à servidora referido direito.

Outrossim, a jurisprudência é pacífica quanto à impossibilidade de aplicação subsidiária ou analógica das normas celetistas ou outras editadas por entes diversos, sob pena de violação ao princípio da legalidade e da autonomia federativa.

A propósito, confira-se os seguintes arestos:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. VÍNCULO DE NATUREZA ESTATUTÁRIA ENTRE O AUTOR E O MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA REGULAMENTANDO A CONCESSÃO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRECEDENTES. APELO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A matéria devolvida à apreciação deste Tribunal cinge-se ao exame do pagamento do adicional de insalubridade reclamado pela parte autora/apelante. 2. **Na espécie, revela-se inaplicável a Norma Regulamentadora nº 15, em seu anexo 14, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para o fim de ser deferido o adicional de insalubridade, pois não se trata de demanda trabalhista, mas sim estatutária, visto que o vínculo jurídico estabelecido entre as partes é de direito público.** 3. Partindo dessa premissa, importa considerar que, tratando-se de demanda envolvendo servidor público municipal, deve o adicional de

insalubridade por ele reclamado estar regulamentado em lei municipal de iniciativa do Poder Executivo, disciplinando inclusive os percentuais cabíveis para cada categoria, não havendo que se falar em aplicação analógica da NR-15 do MTE. 4. Com efeito, aplica-se aos Municípios - tal como se aplica aos Estados e à União - o princípio da reserva de iniciativa no que toca às leis de concessão de vantagens a servidores públicos. 5. Assim, falta à pretensão do apelante a premissa de base, qual seja lei específica que regulamentasse a concessão do adicional de insalubridade. Precedentes. 6. Apelo improvido. (Apelação nº 0000421-65.2015.8.17.0470, 2ª Câmara de Direito Público do TJPE, Rel. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello. j. 06.04.2017, unânime, DJe 09.05.2017).

APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO OURO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. Inexistente a previsão legal, em lei municipal, do pretendido adicional, **mostra-se desnecessária a produção de prova pericial, por se tratar de questão unicamente de direito.** A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade e, portanto, somente pode fazer aquilo que a lei determina, nos termos do art. 37, da CF. Quanto ao adicional de insalubridade, há previsão no artigo 7º, XXIII, da Constituição Federal. A determinação, contudo, por força do disposto no artigo 39, § 3º, da Constituição Federal, não é diretamente

aplicável aos servidores públicos, DEPENDENDO DE REGULAMENTAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DO ENTE PÚBLICO EM QUE INSERIDA A REALIDADE SOB ANÁLISE, competindo a este dispor acerca do regime de trabalho e remuneração dos seus servidores, pois a matéria é de interesse próprio. A Lei Municipal nº 1601/2002 limita-se a prever, em seu artigo 72, quais vantagens, além dos vencimentos, poderão ser pagas aos servidores, não prevendo o pagamento do pretendido adicional. Inexistente a previsão legal, em lei municipal, do pretendido adicional, não se pode condenar o demandado ao pagamento dos referidos valores, sob pena de ferimento ao princípio da legalidade. APELO DESPROVIDO (TJRS, Apelação Cível n.º 70052412475, Quarta Câmara Cível, Rel. José Luiz Reis de Azambuja, julgado em 27/02/2013, Diário da Justiça do dia 11/03/2013).

Esse vem sendo o entendimento adotado também por este Egrégio Tribunal de Justiça:

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).

Dessa forma, não merece reforma a sentença de primeiro grau, pois sendo o apelante servidora pública e diante da inexistência de legislação local que regulamente a concessão do referido adicional, não há como se determinar o pagamento postulado, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E, NO MÉRITO NEGOU PROVIMENTO AO APELO**, mantendo a sentença em sua totalidade.

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