



Acórdão n°
Processo n° 0000850-63.2015.8.14.0034
Primeira Turma de Direito Público
Comarca: Nova Timboteua
Recurso: Apelação Cível
Apelante: Antonio Augusto Amaral dos Reis e outros
Advogado: Leila C. Nogueira - OAB/PA 15.244
Apelado: Município de Nova Timboteua
Procurador: Williana Mayara da Silva Nascimento - OAB/PA 21.362
Endereço: Av. Barão do Rio Branco, 2312, Centro, CEP 68.730-000 – Nova Timboteua-PA
Relator: Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DA ÁREA DA SAÚDE. PREVISÃO DO ADICIONAL NO ESTATUTO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DEFININDO OS GRAUS E OS PERCENTUAIS DO REFERIDO BENEFÍCIO. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA ESPECÍFICA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME

- 1 – A Emenda Constitucional n° 19/98 não suprimiu o direito ao recebimento do adicional de insalubridade pelos servidores públicos. Apenas deixou ao encargo de cada ente federado a edição de legislação específica sobre atividades insalubres e as alíquotas a serem aplicadas.
- 2 – Para que seja devido o pagamento do adicional de insalubridade, não basta comprovar que a prestação de serviço seja caracterizada como insalubre. É imprescindível que haja previsão legal e regulamentação estabelecendo os graus e os percentuais do adicional de insalubridade. Do contrário, não há obrigação de Município efetuar o respectivo pagamento do benefício em ação de cobrança.
- 3 – Para tal, antes, a lacuna referida deveria ser sanada mediante o competente mandado de injunção. Desse modo, ainda que haja previsão do referido adicional no art. 73 da Lei n° 2.177/05, acima referida, tal adicional não pode ser garantido, em razão da ausência de definição dos graus e dos percentuais do mencionado benefício.
- 4- A analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei n. 8.112/90 somente é possível se houver omissão no tocante a direito de cunho constitucional, que seja autoaplicável, bem como que a situação não dê azo ao aumento de gastos; em suma, ela precisa ser avaliada caso a caso e com parcimônia.
- 5 – Apelação conhecida e desprovida. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Primeira Turma de Direito Público, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário da Primeira Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte dias do mês de agosto do ano de dois mil e dezoito.

Julgamento do feito presidido pela Des. Rosileide Maria da Costa Cunha.

Turma Julgadora: Desembargadores Roberto Gonçalves de Moura (Relator), Ezilda Pastana Mutran e Maria Elvina Gemaque Taveira.

Belém, 20 de agosto de 2018.

DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,

Relator

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):



Trata-se de APELAÇÃO CIVEL interposta por ANTONIO AUGUSTO AMARAL DOS REIS E OUTROS manifestando seu inconformismo com a decisão proferida pela MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE NOVA TIMBOTEUA, nos autos da AÇÃO DE COBRANÇA DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE ajuizada em desfavor do MUNICÍPIO DE MESMO NOME, que julgou improcedente o pedido e decretou extinto o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do CPC/73.

Em suas razões (fls. 385/397), sustentam os recorrentes que buscaram a concessão do adicional de insalubridade em razão da atividade que desenvolvem no Município apelado. Sustentam que o argumento de inexistência de lei não serve para rejeitar o pagamento do aludido adicional, pois, por analogia, pode-se suprir a carência legislativa municipal pela lei federal

Ao final, pleitearam conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, com a reforma da decisão, no sentido de condenar o apelado ao pagamento do adicional de insalubridade com base em normas vigentes.

Às fls. 401/405, o apelado apresentou contrarrazões ao presente recurso, pugnando, em síntese, pelo desprovimento do apelo, com a manutenção da sentença proferida pelo Juízo Monocrático.

Recurso recebido em seu duplo efeito à fl. 415.

Às fls. 417/419-v, a Procuradoria de Justiça, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO da APELAÇÃO.

MÉRITO

No caso em análise, os apelantes alegaram, na inicial, que exercem suas atividades laborais na Unidade Básica de Saúde – UBS no Município de Nova Timboteua, ficando expostos a agentes considerados nocivos à saúde, pois mantêm-se em contato direto com todo o tipo de enfermidade, pelo que fazem jus à parcela pleiteada no percentual de 10% (dez por cento).

Postos os fatos assim, resulta que a controvérsia a ser solucionada por este E. Tribunal consiste em saber se os apelantes possuem direito ao recebimento do adicional de insalubridade.

Como é sabido, serão consideradas atividades ou operações insalubres 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.



O adicional de insalubridade ora pleiteado, por sua vez, está previsto no art. 7º, XXIII, da CF/88, que assim dispõe:

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.

O Art. 39 da CF/88, no entanto, ao ser alterado pela Emenda n. 19/1998, não mais constou em seu corpo, precisamente no inciso XXIII, que determina que sejam estendidos aos servidores ocupantes de cargo público os mesmos direitos atribuídos aos trabalhadores urbanos e rurais, o referido adicional, 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, 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.

Nota-se, portanto, que o adicional de insalubridade dos trabalhadores urbanos e rurais, constante do inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal, o qual fora estendido aos servidores públicos, não consta mais no rol do §3º do art. 39 da referida Carta.

A Emenda Constitucional n° 19/98, deve ser ressaltado, não suprimiu o direito ao recebimento do adicional de insalubridade pelos servidores públicos. Apenas deixou ao encargo de cada ente federado a edição de legislação específica sobre atividades insalubres e alíquotas a serem aplicadas.

Desse modo, caso assim deseje, o ente federativo poderá, na forma estabelecida pela sua legislação local, estender aos seus servidores o direito à percepção do adicional de insalubridade. Nesse sentido, colaciono abaixo precedentes do STF:

De todo modo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que 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 servidores públicos civis o art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República (Decisão Monocrática - ARE 833216 / PB, Relator Min. ROBERTO BARROSO, publicado em 02/12/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SUPRESSÃO DE TAL VANTAGEM PELA EC N° 19/98. POSSIBILIDADE DE PREVISÃO POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS DOS AUTOS. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que é perfeitamente possível a previsão, por meio de legislação infraconstitucional, de vantagens ou garantias não expressas na Constituição Federal. (RE 543198 / RJ, Relator Min. DIAS TOFFOLI, publicado em 16/10/2012)

Por essas razões, para que seja devido o pagamento do adicional de insalubridade, não basta comprovar que a prestação de serviço seja caracterizada como insalubre. É imprescindível que haja previsão legal e regulamentação para sua aplicação aos servidores públicos.

Isso porque a Administração Pública encontra-se submetida ao princípio da legalidade, previsto expressamente no art. 37, caput, da constituição



Federal, que assim estabelece: 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 (...)
No sentido explanado, a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMINISTRATIVO. REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULAS NS. 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: NECESSIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário, interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE DE COMBATE ÀS ENDEMIAS. ALEGAÇÃO DE QUE EXERCE ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE IMPEDE O PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. - A ausência de lei específica definindo os graus e os percentuais do adicional de insalubridade desobriga o Município do pagamento. - Em que pese o Poder Judiciário enxergar na atividade exercida pelo recorrente uma aparente atividade insalubre, não pode, através de uma ação ordinária de cobrança, suprir lacunas normativas e atuar como anômalo legislador, só podendo corrigir a omissão inconstitucional se ajuizado o procedimento correto, qual seja, se interposto o mandado de injunção. In casu, a postulante restringiu-se a acostar a Lei Orgânica do Município de Bayeux, que prevê, dentre os direitos dos servidores públicos municipais, o adicional de remuneração para atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei, inexistindo, portanto, notícias da existência de lei municipal regulamentadora assegurando expressamente à categoria de agente de combate à endemias o direito à percepção do referido adicional (doc. 2). 2. O Agravante alega ter o Tribunal de origem contrariado os arts. 5º, inc. XXXV, 7º, inc. XXIII, e 198, §§ 4º e 5º, da Constituição da República e o art. 2º da Emenda Constitucional n. 51/2006. Afirma que, se o próprio município recorrido, ao editar sua lei, admitiu ser o vínculo de trabalho estatutário, está o autor jungido à lei orgânica municipal que prevê o pagamento da insalubridade a seus servidores, não se podendo falar em falta de legislação que garanta ao servidor o direito à insalubridade, sem incorrer na afronta ao inciso XXXV, do art. 5º e art. 7º, inciso XXIII da CF/88. () Dito isto, resta inconteste que a atividade desempenhada por agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias se enquadra perfeitamente na tipificação de atividades ditas insalubres, por vários motivos, que vão desde o manuseio de materiais químicos nocivos à saúde para o combate de endemias, até a exposição a doenças infectocontagiosas nas visitas e avaliações, exposição diária ao sol, riscos do trabalho diário em ambiente externo, etc (doc. 2). 3. O recurso extraordinário foi inadmitido sob os seguintes fundamentos: a) ausência de prequestionamento e b) incidência da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica não assiste ao Agravante. 5. Como assentado na decisão agravada, o art. 198, §§ 4º e 5º, da Constituição da República e o art. 2º da Emenda Constitucional n. 51/2006 não foram objetos de debate e decisão prévios pelo Tribunal de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração com a finalidade de comprovar ter havido, no momento processual próprio, o prequestionamento. Incidem, na espécie, as Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal: A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito da questão antes suscitada. Precedentes (AI 580.465-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ



19.9.2008). PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO IMPROVIDO. I - É inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido (súmulas 282 e 356 do STF) (RE 477.752-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 31.10.2007). 6. Ademais, a apreciação do pleito recursal demandaria a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei Orgânica do Município de Bayeux) e o reexame do conjunto fático-probatório constante do processo. Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário. Incidem, na espécie, as Súmulas ns. 279 e 280 deste Supremo Tribunal: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Servidor público. Adicional de insalubridade. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame da legislação infraconstitucional local e das provas dos autos. Incidência das Súmulas n°s 280 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido (ARE 677.702-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14.12.2012). EMENTA: 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 (AI 559.936-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 20.4.2006). EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXAME DE NORMA LOCAL E DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 279 E 280 DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (AI 475.568-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 16.2.2007). 7. Este Supremo Tribunal assentou, ainda, que a alegação de contrariedade ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, se dependente do exame da legislação infraconstitucional (Lei Orgânica do Município de Bayeux), poderia configurar, se fosse o caso, ofensa constitucional indireta: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, configurariam ofensa constitucional indireta. 3. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil (AI 643.746-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 8.5.2009, grifos nossos). Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Agravante. 8. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, al. a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 7 de agosto de 2014. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - ARE: 823074 PB, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 07/08/2014, Data de Publicação: DJe-155 DIVULG 12/08/2014 PUBLIC 13/08/2014)

Destaco que, na legislação que trata do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Nova Timboteua (fls. 277/369), não consta qualquer menção aos graus e aos percentuais do adicional de insalubridade a tal categoria, o que, conforme entendimento jurisprudencial acima esposado, desobriga o Município de efetuar o respectivo pagamento.

Ressalte-se que o art. 125 da legislação municipal citada assevera que a concessão de adicional de insalubridade depende de regulamentação a ser realizada por lei municipal específica, que ainda inexistente no mundo jurídico. In verbis:

Art. 125 – Na concessão dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade serão observadas as situações específicas na legislação municipal.

Para tal, antes, a lacuna referida deveria ser sanada mediante o competente mandado de injunção, não cabendo fazer uso de analogia como alegaram os recorrentes, pois não se trata de direito de envergadura constitucional



autoaplicável, pois o art. 39, §3º, do Texto Magno, que confere direitos sociais ao servidor público, submete à lei tal regulamentação, revelando-se como norma de eficácia limitada. No sentido de uso da analogia em matéria relativa a servidor, o STJ tem assim se posicionado, verbis:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. RECONDUÇÃO. VACÂNCIA. DEFINIÇÃO. OMISSÃO NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO. PLEITO DE ANALOGIA. PARCIMÔNIA. INDICAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DE CUNHO AUTOAPLICÁVEL. DISPOSITIVOS GERAIS. NÃO REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM TELA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra o acórdão que negou provimento ao pleito mandamental impetrado em prol do direito de recondução de ex-servidor estadual que havia se exonerado de cargo em meio ao estágio probatório. O recorrente alega que a legislação estadual seria omissa e, portanto, deveria ser aplicado o art. 29 da Lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, RJU), por analogia.

2. Não existe no ordenamento jurídico estadual o instituto da recondução, tal como previsto no art. 29, I, da Lei n. 8.112/90. No caso do diploma federal, em sendo evidenciada a publicação de ato de vacância, por decorrência de posse em outro cargo federal inacumulável (art. 33, VIII da Lei n. 8.112/90), fica evidenciada a manutenção de vínculo com o serviço público federal que autoriza a outorga de vários direitos previstos em lei, como a recondução e outros, de cunho personalíssimo.

3. É incontroverso que não existe previsão legal na legislação estadual aplicável ao recorrente (Lei Complementar n. 59/2001 e Lei n. 869/1952).

4. A analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei n. 8.112/90 somente é possível se houver omissão no tocante a direito de cunho constitucional, que seja autoaplicável, bem como que a situação não dê azo ao aumento de gastos; em suma, ela precisa ser avaliada caso a caso e com parcimônia.

5. A pretensão do recorrente não encontra guarida nos dispositivos gerais da Constituição Federal, indicados como violados - artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 4º, V e 5º, 'caput' - e, assim, não permite a realização da analogia postulada. Tem-se situação muito diversa do caso do art. 226 da Constituição Federal, tal como mobilizado no precedente indicado (RMS 34.630/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26.10.2011).

6. Não há falar em direito líquido e certo, uma vez que não se vê direito local aplicável, tampouco a possibilidade de analogia com a Lei n. 8.112/90, uma vez que não existe o direito constitucional autoaplicável que seria necessário para suprir a omissão da legislação estadual.

Recurso ordinário improvido.

(RMS 46.438/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014) (grifei)

Desse modo, ainda que haja previsão do referido adicional no art. 123 da Lei Municipal nº 007/92 – Regime Jurídico Único, tal adicional não pode ser garantido, em razão da ausência de definição dos graus e dos percentuais do mencionado benefício.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria n.º 3731/2015-GP.

Belém, 20 de agosto de 2018.

Desembargador **ROBERTO GONÇALVES DE MOURA**,
Relator