



92
e

Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível nº 0333444-9

Apelante: Município de Barreiros

Apelados: Adalberon Silva de Lira

Relator: Des. José Ivo de Paula Guimarães

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL ESTATUTÁRIO. PAGAMENTO DE ADICIONAL NOTURNO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. LESÃO AO ART. 333, I, DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Em que pese o adicional noturno fazer parte dos direitos garantidos aos funcionários públicos no art. 39, § 3º, da CF/88, no entanto para a sua concessão teria que haver, necessariamente, uma lei municipal instituidora do direito do autor/apelado, pois o serviço público é sempre regido pelo princípio da legalidade, sendo certo que para haver pagamento de qualquer adicional salarial, faz-se mister previsão legal, o que inexiste no caso vertente.

2. Com efeito, no caso específico, não se pode fazer uso da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito, tampouco da CLT e da lei 8.112/90, conforme adotou o togado singular em sua sentença, em razão da imprescindibilidade da edição de Lei Municipal instituidora do adicional noturno, entendimento que vem sendo defendido pela jurisprudência deste Sodalício.

3. Embora o apelado ateste que haveria a norma legal instituidora do adicional noturno na Lei Municipal nº 667/2002, não há nos autos qualquer transcrição da citada lei, tampouco o apontamento do artigo onde haveria a previsão exigida, de tal modo que o arcabouço probatório trazido pelo recorrente não é suficiente para demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, conforme requer o art. 333, I, do CPC, motivo pelo qual a sua alegação carece de substância legal, não podendo, assim, ser acolhida.

4. Apelação provida por unanimidade dos votos.



93

Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0333444-9, acordam os Desembargadores que integram a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, pela sessão de julgamento realizada no dia 20/05/2014, à unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, tudo na conformidade dos votos e do Relatório proferidos neste julgamento.

P. I.

Recife, 29/05/2014

José Ivo de Paula Guimarães
Relator



880

Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível nº 0333444-9

Apelante: Município de Barreiros

Apelados: Adalberon Silva de Lira

Relator: Des. José Ivo de Paula Guimarães

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto em face da sentença proferida em sede de Ação Ordinária de Cobrança, que julgou parcialmente procedente o pedido do autor, no sentido de condenar o Município de Barreiros no pagamento do adicional noturno na ordem de 50% do período em que foram efetivamente trabalhados em período noturno com adicional de 20% baseado no salário recebido à época do fato tudo corrigido monetariamente e acrescidos de juros de mora.

Aduz o Demandante que a sentença merece reforma, sob o argumento de que não há previsão na legislação municipal que permita que os servidores públicos estatutários recebam o adicional noturno.

Afirma, ainda, que a referida sentença não delimitou os dias em que efetivamente teriam sido trabalhados pelo recorrido, ou quantas vezes por semana isso teria acontecido.

Por fim, se insurge contra o valor dos honorários fixados pelo juízo sentenciante, pois entende que o percentual de 10% sobre o valor da condenação revela-se excessivo dada a pequena complexidade da causa.

Contrarrazões nas fls.67/71, onde requer o apelado o desprovemento do recurso.

Cota Ministerial nas fls.84/85, onde deixa o membro do *parquet* de emitir posicionamento jurídico por não vislumbrar interesse público no feito.

É o relatório. INCLUI-SE EM Pauta.

Recife, 22/05/2014

Des. José Ivo de Paula Guimarães

Relator



94
a

Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível nº 0333444-9

Apelante: Município de Barreiros

Apelados: Adalberon Silva de Lira

Relator: Des. José Ivo de Paula Guimarães

VOTO

A controvérsia do caso em comento se resume na possível aplicação dos direitos do trabalhador, em específico no tocante ao pagamento das horas noturnas trabalhadas pelo apelado, na qualidade de servidor estatutário do Município de Barreiros.

Quanto ao mérito, observando as provas colacionadas aos autos, entendo que a irresignação do recorrente merece acolhimento.

Analisando os autos através das provas ali carreadas aos autos fica claro que houve por parte do apelado a prestação de serviço durante o período noturno.

Todavia, tal fato não é suficiente para que o recorrente faça jus a verba almejada, pois em que pese o adicional noturno fazer parte dos direitos garantidos aos funcionários públicos no art. 39, § 3º, da CF/88, no entanto para a sua concessão teria que haver, necessariamente, uma lei municipal instituidora do direito do autor/apelado, pois o serviço público é sempre regido pelo princípio da legalidade, sendo certo que para haver pagamento de qualquer adicional salarial, faz-se mister previsão legal, o que inexistente no caso vertente.

Com efeito, no caso específico não se pode fazer uso da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito, tampouco à CLT e à lei 8.112/90, conforme adotou o togado singular em sua sentença, em razão da imprescindibilidade da edição de Lei Municipal instituidora do adicional noturno, entendimento que vem sendo defendido pela jurisprudência deste Sodalício, segundo se constata no aresto abaixo transcrito:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. INADMISSIBILIDADE. LEGALIDADE DA JORNADA DIFERENCIADA INSTITUÍDA PELA MUNICIPALIDADE. ADICIONAL NOTURNO E DE RISCO DE VIDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Versa o presente litígio sobre ação de cobrança na qual o apelante, serivo da municipalidade exercente do cargo de vigilante desde 26/12/2008, pleiteia: I) pagamento de horas extras trabalhadas; II) pagamento de adicional noturno e

95
a

Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

retroativos; III) pagamento dos retroativos e das diferenças do adicional de risco de vida. 2.No tocante ao pleito de horas extras, o mesmo não merece acolhimento. O art. 7º, inciso XII da CF/88 permite uma flexibilização da jornada de trabalho que, nos casos dos servidores públicos somente será possível desde que haja uma lei que a institua, isso conforme arts. 39,§ 3º da CF e art. 99,§ 3º da Constituição de Pernambuco. 3.No caso do município de Vitória de Santo Antão, a lei 3.184/06 que criou os cargos do concurso público no qual o apelante foi aprovado, estabeleceu o regime diferenciado de para os vigilantes, sendo este de 160 horas mensais ou 40 horas semanais. No caso do apelante, de acordo com a municipalidade, o mesmo trabalhava no regime de 12x36 horas.Assim, tendo em vista existência de lei prévia que instituiu o regime diferenciado, com compensação de horas, o apelante não teria direito ao pagamento das horas trabalhadas além da quadragésima semanal.Não há nada que impeça a administração de estabelecer a referida jornada de forma que o servidor trabalhe 12 horas seguidas e tenha um período seguido de 36 horas de descanso.Logo, não há que se falar no pagamento das pleiteadas horas extras, posto que o regime adotado pela municipalidade aos vigilantes não se submete ao limite máximo diário permitido pela constituição, não havendo qualquer inconstitucionalidade em tal situação, posto que permitida como anteriormente citado no art. 39,§ 3º da CF/88. **4.Quanto aos adicionais de risco de vida e noturno, não há qualquer respaldo para concessão dos mesmos.Isto porque, tendo em vista a autonomia municipal, a concessão das referidas vantagens aos seus servidores necessita de previsão legal, cabendo à municipalidade legislar sobre seus funcionários. Muito embora tais adicionais estejam dentre os direitos garantidos aos funcionários públicos na Constituição Federal em seu art. 39,§ 3º, imprescindível a existência de norma que regule a forma de concessão, uma vez que, conforme exposto pelo próprio magistrado sentenciante, trata-se de norma de eficácia limitada.** 5.No que diz respeito ao adicional noturno, o art. 54 da Lei Orgânica Municipal determina em seu § 2º, inciso V, que este é direito dos servidores municipais, contudo, muito embora haja tal previsão, somente trata-se de recepção dos direitos contidos na Constituição Federal e Estadual.O fato de a lei orgânica municipal estabelecer a possibilidade da concessão de adicional por risco de vida, não tem o condão de fazer com que o mesmo seja imediatamente incorporado aos vencimentos dos servidores.Isto porque, além de seu uma previsão genérica, não há qualquer lei dispondo sobre as suas especificações, tais como percentuais e critérios. 6.Quanto ao adicional de risco de vida, este encontrava sua base legal na lei 2.719/1997.Ocorre que a mencionada lei foi expressamente revogada pela lei complr 2.925/2001 em seu art. 92, inciso I.Da mesma forma que, conforme mencionado pelo próprio apelado, a lei nº 3.188/2006, em seu art. 106, teria revogado expressamente a lei 2.925/2001.É certo que o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Vitória de Santo Antão dispõe em seu art. 163, inciso V que será concedida gratificação de vida e

96
9

Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

saúde. Porém, como já defendido anteriormente, esta também é uma norma de caráter genérico, sendo de eficácia limitada e dependendo de norma específica que a regulamente. Ainda que o apelante alegue que não fica prejudicado seu pleito pela revogação da lei 2.718/97, este argumento não se sustenta, isto porque o apelante somente ingressou no serviço público em 26/12/2008, época em que já se encontrava em vigor a lei 3.188/2006. 7. Frisa-se que, não foram colacionadas nos autos provas no sentido de que o autor trabalhou nas condições que informou na exordial. Ademais, o administrador público, está acorrentado aos ditames legais devido ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF/88, art. 37, caput). Ainda que presente na lei orgânica municipal e no estatuto dos servidores públicos municipais a concessão de tais benefícios, não há qualquer dispositivo disciplinando os critérios e alíquotas para que seja concedido estes adicionais, restando deficiente esta lei específica. Por sua vez, não podem ser aplicadas as disposições da CLT no que tange a servidores em regime estatutário, devendo ser observado o disposto em legislação específica. 8. Recurso de apelação improvido, para que seja mantida incólume a sentença de primeiro grau, que julgou pela improcedência da ação. Decisão Unânime. (TJ-PE - APL: 16654020108171590 PE 0001665-40.2010.8.17.1590, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 17/05/2012, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 98)

Embora o apelado ateste que haveria a norma legal instituidora do adicional noturno na Lei Municipal nº 667/2002, não há nos autos qualquer transcrição da citada lei, tampouco o apontamento do artigo onde haveria a previsão exigida, de tal modo que o arcabouço probatório trazido pelo recorrente não é suficiente para demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, conforme requer o art. 333, I, do CPC, motivo pelo qual a sua alegação carece de substância legal, não podendo, assim, ser acolhida.

Nestes termos, em face do exposto, diante da comprovação do direito do recorrente, voto pelo provimento do apelo, reformando a sentença vergastada em todos os seus termos, para indeferir o pleito constante na inicial, invertendo o ônus da sucumbência a ser suportado pelo recorrido cujo valor dos honorários advocatícios fixo em 5% sobre o valor da causa

É como voto

Recife, 29/05/2014

Des. José Ivo de Paula Guimarães
Relator