

3ª VARA DA FAZENDA E REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE PALMAS/TO

PROCESSO Nº: 0028869-19.2014.827.2729

CLASSE: Procedimento Comum

ASSUNTO PRINCIPAL: Isonomia/Equivalência Salarial, Sistema Remuneratório e Benefícios, Servidor Público Civil, DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

ASSUNTOS SECUNDÁRIOS: Adicional de Insalubridade, Sistema Remuneratório e Benefícios, Servidor Público Civil, DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO / Adicional de Serviço Noturno, Sistema Remuneratório e Benefícios, Servidor Público Civil, DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

REQUERENTE: SINDICATO DOS PROFISSIONAIS DA ENFERMAGEM NO ESTADO DO TOCANTINS - SEET

REQUERIDO: ESTADO DO TOCANTINS

S E N T E N Ç A

I – RELATÓRIO

Trata-se de **AÇÃO ORDINÁRIA** ajuizada pelo **SINDICATO DOS PROFISSIONAIS DA ENFERMAGEM NO ESTADO DO TOCANTINS - SEET** em desfavor do **ESTADO DO TOCANTINS**, ambos qualificados na inicial.

Consta da inicial, em síntese, que os substituídos são funcionários públicos contratados, investidos nos cargos de enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, cujas admissões encontram previsão na Lei nº 1.978/2008. Aduzem que, em que pese os

servidores ora substituídos desempenharem suas funções em ambiente insalubre e em período noturno, o Estado do Tocantins jamais efetuou o pagamento dos adicionais respectivos, em virtude de ostentarem vínculo temporário. Requer, pois, **i)** a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que o Estado inclua no pagamento dos substituídos, cujos contratos ainda estejam em vigor, as parcelas relativas ao adicional noturno e ao adicional de insalubridade, conforme escala de trabalho e grau de insalubridade de cada ambiente. No mérito, pleiteia a condenação do Estado requerido **ii)** ao pagamento do adicional de insalubridade relativo a todo o pacto laborado e **iii)** do adicional noturno laborado e não pago, bem dos valores que eventualmente se vencerem no curso da demanda (evento 01, INIC1).

Pedido de gratuidade judiciária indeferido, conforme decisão encartada no evento 04.

Comprovante de pagamento das despesas processuais juntado no evento 07.

Pedido de antecipação dos efeitos da tutela indeferido, nos termos da decisão proferida no evento 09.

Devidamente citado (evento 13), o Estado do Tocantins apresentou contestação, na qual **i)** indica a ocorrência de prescrição quinquenal. No mérito, **ii)** defende que o adicional de insalubridade somente é devido ao servidor que integre os quadros da saúde, isto é, que seja titular de cargo efetivo. Afirma que, **iii)** ainda que haja laudo pericial constatando a insalubridade, como não há ato normativo a regulamentar a Lei nº 1.818/2007, é impossível a concessão do adicional alusivo. Aduz que **iv)** para que seja reconhecida a atividade insalubre é necessário que o contato com este tipo de ambiente seja permanente, e não esporádico como ocorre *in casu*. Ressalta **v)** a natureza indenizatória do adicional, motivo pelo qual não teria reflexo sobre as demais verbas, bem como que, acaso superados os argumentos supra, a base de cálculo deverá ser o menor subsídio do Plano de Cargos do Executivo estadual. Quanto ao adicional

noturno, assevera que **vi**) o Decreto nº 3.616/2010, que dispõe sobre a concessão da parcela, à vista do princípio da legalidade, condiciona o seu pagamento à edição de Instrução Normativa, o que ainda não ocorreu. Pondera que, **vii**) nos termos do art. 333, inciso I, CPC/15, o ônus da prova caberia à parte requerente, regra esta não observada no caso ora em apreço (evento 16).

Impugnação à contestação apresentada no evento 19.

Intimados para a fase de produção de provas (evento 21), o Estado do Tocantins manifestou pelo julgamento antecipado do feito (evento 24). A parte requerente, a seu tempo, juntou laudo técnico pericial, que trata das condições de insalubridade do Hospital Geral de Palmas/TO, local em que laboravam os substituídos, o qual afirma comprovar os argumentos constantes na peça inaugural, pleiteando a intimação do ente público para se manifestar acerca do documento (evento 26).

Instado a se manifestar, o Ministério Público reputou ser desnecessária a sua intervenção no feito (evento 30).

Intimado acerca do teor do laudo juntado aos autos (evento 36), o Estado do Tocantins manifestou no evento 37.

Vieram-me conclusos.

É o relatório do necessário. **DECIDO.**

II – FUNDAMENTACÃO

- Da prejudicial de mérito. Prescrição quinquenal

Conforme entendimento pacífico STJ, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º. do Decreto nº 20.910/1932 deve ser aplicada a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, independentemente da natureza da relação jurídica estabelecida entre a administração pública e o particular

(AgRg no AREsp 164513/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, DJ-e 27/8/2012).

A regra estabelecida no Decreto é especial em relação às disposições contidas no Código Civil, motivo pelo qual não se aplicam à espécie, não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao art. 206, §3º, V, do Código Civil.

Neste sentido, vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme trechos dos julgados a seguir transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.
DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL
NOTURNO. PRESCRIÇÃO TRIENAL.
INAPLICABILIDADE. DECRETO Nº 20.910/32.
PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. APLICABILIDADE. 1. **"Nas relações de direito público, o prazo prescricional quinquenal do Decreto 20.910/32 deve ser aplicado a todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza."** (AgRgREsp nº 971.616/AC, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 3/3/2008). 2. O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, prevê que todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda, seja ela federal, estadual ou municipal, prescreve em cinco anos a contar da data do ato ou fato do qual se originou. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.028.433/AC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 4/8/08) (g.n.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL NOTURNO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. DÍVIDAS DA FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. PRECEDENTES. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A alegada ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil não subsiste, tendo em vista que o acórdão hostilizado solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento. 2. **É pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de que deve ser aplicada a prescrição quinquenal, prevista no Decreto 20.910/32, a todo qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza.** 3. A via do apelo nobre, destinada à uniformização da interpretação do direito federal, não se presta à análise de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.027.259/AC, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 12/5/08) (g.n.)

Cabe pontuar, outrossim, que nas relações de trato sucessivo não há perecimento do fundo de direito e a prescrição das parcelas atinge apenas aquelas vencidas antes do quinquênio precedente ao ajuizamento da demanda, consoante estabelece o enunciado da súmula 85 do STJ, *in verbis*:

"Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação." (DJU 02.07.93 - pág. 13.283)

Partindo das premissas acima alinhavadas, **deve ser reconhecida, no caso, apenas a prescrição quinquenal em relação aos valores que antecedem 05 (cinco) anos da propositura da ação, que se deu em 10/11/2014 (evento 01), fluindo, portanto, a prescrição das parcelas anteriores a 10/11/2009.**

- Do mérito

Cinge-se a controvérsia em verificar a pertinência dos pedidos formulados na inicial quanto ao pagamento das parcelas atinentes a adicional de insalubridade e adicional noturno a servidores públicos estaduais, ocupantes dos cargos de enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem (evento 01, ANEXO5), contratados em regime temporário.

Em análise acurada dos presentes autos, tenho que os pedidos formulados na inicial comportam parcial deferimento, conforme tópicos que se seguem.

a) Do adicional de insalubridade

A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos trabalhadores urbanos e rurais o direito a adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (art. 7º, XXIII).

Todavia, por força do artigo 39, §3º, da CF, aos servidores públicos estatutários, como é o caso dos autos, apenas foi garantido expressamente o direito ao adicional noturno; nada obstante, contudo, que os adicionais de insalubridade e periculosidade sejam reconhecidos aos servidores públicos por lei própria, em cada esfera federativa,

capacidade esta que decorre da autonomia administrativa e organizacional dos entes federados garantida pelo artigo 18 da CF/88.

No âmbito do Estado do Tocantins, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis – Lei nº 1.818/2007, prevê o pagamento do adicional de insalubridade em seu art. 73, conforme trecho abaixo transcrito:

Art. 73. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas, ou com risco de morte, fazem jus a indenização pecuniária incidente sobre o menor subsídio do Plano de Cargos, Carreiras e Subsídios respectivo, salvo disposição em contrário em lei específica.

Parágrafo único. São definidos em regulamento os graus mínimo, médio e máximo de risco atribuídos às atividades sobre as quais incide a indenização pecuniária de que trata este artigo. (g.n.)

No âmbito do Estado do Tocantins, **o adicional de insalubridade é atualmente regulamentado pela Lei nº 2.670/2012, cujo art. 17 assegura o pagamento do adicional “aos profissionais da saúde no exercício habitual em condições insalubres, (...) de acordo com os graus mínimo, médio ou máximo a que estejam expostos”.**

Referido diploma legal, em seu art. 2º, traz o conceito de profissional da saúde para efeitos da lei, a saber:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VI - Profissional da Saúde, o servidor público ocupante dos cargos constantes desta Lei. (g.n.)

Importante anotar, mormente em virtude das parcelas não alcançadas pelo instituto da prescrição, isto é, posteriores a 10/11/2009, que a Lei nº 1.588/2005, aplicável a parte dos contratos entabulados pelos ora substituídos (evento 01, ANEXO5), já regulamentava o pagamento do adicional para atividades insalutíferas aos profissionais da saúde (arts. 19-A e ss., Lei nº 1.588/2005).

O art. 18 da Lei nº 2.670/2012, atualmente vigente, menciona que:

Art. 18. A indenização por insalubridade:

(...)

II - é mantida ao profissional da saúde que exerça cargo de provimento em comissão ou função de confiança na estrutura operacional da Secretaria da Saúde, desde que a justifique o exercício da atividade ou do local que originou o pagamento. (g.n.)

Muito embora a Lei nº 2.670/2012 não mais faça distinção quanto à natureza do vínculo, isto é, se de provimento efetivo ou oriundo de contratação temporária¹, o certo é que ambos os textos legislativos, editados para o fim de regulamentar Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração - PCCR do Quadro da Saúde do Poder Executivo, consagram o pagamento da indenização pecuniária por atividade insalubre aos profissionais que laborem na “estrutura operacional da Secretaria da Saúde” (art. 19-B, inciso II, Lei nº 1.588/2005 e art. 18, inciso II, Lei nº 2.670/2012).

Em nosso sentir, não subsiste o argumento esposado pelo ente público estadual, no sentido de que seria aplicável aos ora substituídos a Lei nº 2.669/2012, a qual dispõe sobre o PCCR dos Servidores Públicos do Quadro Geral do Poder Executivo. Questão a reforçar tal assertiva diz respeito ao fato de que os cargos

¹ Art. 2º. Para os efeitos desta Lei considera-se:

I - Profissional da Saúde, o servidor ocupante de cargo efetivo do Quadro de Cargos da Secretaria da Saúde, na conformidade do Anexo I desta Lei; (Lei nº 1.588/2005, revogada pela Lei nº 2.670/2012).

ocupados pelos substituídos (enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem) sequer constam do ANEXO I do referido diploma legal.

Ora, o que determina o regramento aplicável a cada servidor é a natureza da atividade por ele desempenhada e não o vínculo mantido com a Administração (se efetivo ou contratado temporariamente). Admitir o contrário seria anuir com a conduta perpetrada pelo ente público, que ignora as condições absolutamente insalubres a que são submetidos, diuturnamente, os servidores da saúde tocantinense, afirmação esta largamente corroborada a partir do laudo técnico encartado no evento 26.

In casu, restou suficientemente demonstrado que os servidores ora substituídos estavam lotados em hospitais vinculados à Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins, motivo pelo qual entendo por devido o pagamento do adicional respectivo (evento 01, ANEXO7/11), observado, mandatoriamente, o balizamento prescricional retroindicado.

b) Da não comprovação do labor noturno

A obrigatoriedade da remuneração pelo serviço extraordinário prestado encontra guarida constitucional, conforme preceitua o inciso IX do art. 7º da Magna Carta, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

(g.n.)

Por força do artigo 39, §3º, da CF, aos servidores públicos estatutários foi expressamente garantido o direito ao adicional noturno, parcela esta que, conforme já se

fez menção no despacho proferido no evento 33, busca compensar o desgaste físico que a inversão do horário naturalmente provoca no trabalhador.

No Estado do Tocantins, o direito ao adicional noturno está previsto na Lei nº 1.818, de 23 de agosto de 2007, que trata acerca do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins, conforme dispositivos a seguir colacionados:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 45. Além do subsídio ou da remuneração, podem ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I – indenizações;

II – auxílios-pecuniários;

III – gratificações;

IV – **indenizações pecuniárias.** (g.n.)

Art. 70. São deferidas aos servidores indenizações pecuniárias, em razão de:

I – serviço extraordinário;

II – **serviço noturno;**

III – insalubridade e periculosidade;

IV – complementação remuneratória de férias;

V – instrutoria;

VI – transportes e diárias.

Parágrafo único. As indenizações de que tratam os incisos V e VI deste artigo são pagas por dotação própria do órgão de lotação do servidor ou do beneficiado. (g.n.)

Art. 72. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre as 22h de um dia e 5h do dia seguinte, tem o valor-hora acrescido de 25%, computando-se cada hora como 52min30s. (g.n.)

Verifica-se, pois, que a tese delineada na contestação (evento 16), acerca da suposta necessidade de regulamentação, não merece respaldo, visto que, em análise dos dispositivos acima transcritos, tem-se que o legislador, ao prever em seu artigo 72 que o *‘serviço noturno, prestado em horário compreendido entre as 22h de um dia e 5h do dia seguinte, tem o valor-hora acrescido de 25%, computando-se cada hora como 52min30s’*, estabeleceu norma cheia, autoaplicável, a qual não carece de regulamentação, posto dar cumprimento à disposição contida nos artigos 7º e 39, §3º, da CF/88 e artigo 11, §3º, da Constituição Estadual.

Desnecessária, portanto, a posterior regulamentação do artigo 72, da Lei estadual 1.818/2007, notadamente considerando a regra do §1º, do art. 5º da Constituição Federal, que prevê que as normas que estabelecem os direitos e garantias fundamentais, tal qual o direito ao adicional noturno ora pleiteado, são de aplicabilidade imediata.

Desta forma, ainda que seja autorizado ao Poder Executivo regulamentar ditas normas, dando-lhe maior detalhamento, certo é que sua eficácia independe de qualquer regulamentação, cumprindo ainda ressaltar que o dispositivo em comento, qual seja, o artigo 72, da Lei estadual 1.818/2007 já apresenta, por si só, todos os elementos e requisitos do direito em discussão.

Todavia, em que pesem as alegações contidas na inicial, tenho que não constam dos autos quaisquer indícios de prova de que os substituídos tenham efetivamente laborado no período compreendido entre as 22h00min e as 05h00min do dia seguinte (art. 72, Lei nº 1.818, de 23 de agosto de 2007), ônus processual este que lhe compete.

Dos documentos juntados com a inicial, extrai-se que apenas 11 (onze) dos 39 (trinta e nove) substituídos (evento 01, ANEXO5) trouxeram aos autos as respectivas declarações do hospital de lotação², sendo que, dessas, apenas 05 (cinco) especificam o horário em que são cumpridos os plantões³. E, ainda assim, estes se dão no período entre as 07h00min e as 19h00min, isto é, fora de horário considerado por extraordinário para efeitos de incidência do adicional pleiteado (das 22h00min às 05h00min do dia seguinte).

Segundo disciplina a lei processual civil, cabe a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve, portanto, buscar os meios necessários para convencer o julgador acerca da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão (art. 373, inciso I, CPC/15), o que não restou atendido no caso ora em apreço, motivo pelo qual **o pedido relativo ao adicional noturno não comporta procedência.**

III - DISPOSITIVO

Por todo o exposto, e por tudo que dos autos consta, **DECLARO PRESCRITA** a pretensão autoral com relação às verbas mencionadas na inicial *anteriores a 10/11/2009*, razão pela qual, com relação às parcelas inerentes a tal período, **JULGO EXTINTO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO**, à luz do art. 487, inciso II, CPC/15.

Outrossim, **ACOLHO EM PARTE** os pedidos formulados na inicial, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e **CONDENO** o Estado do Tocantins:

- a) ao pagamento, em favor dos substituídos listados no evento 01, ANEXO5, dos **VALORES VENCIDOS** a título de **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**,

² Evento 01, ANEXO7, fls. 84, 86, 92, 111 e 117; ANEXO9, fls. 173; ANEXO10, fls. 214 e 222; ANEXO11, fls. 262, 284 e 299.

³ Evento 01, ANEXO7, fls. 84, 86, 92, 111 e 117.

calculados a partir da data de cada contratação, respeitada a prescrição quinquenal ora declarada, corrigidos monetariamente pelo IPCA-e e com juros de mora calculados conforme índices aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97⁴, desde a data em que cada parcela era devida, **considerados os reflexos e incidência da parcela indenizatória em férias, 1/3 sobre as férias, horas extras, descanso semanal remunerado e 13º (décimo terceiro) salário;**

- b) ao pagamento, em favor dos substituídos listados no evento 01, ANEXO5, dos **VALORES VINCENDOS** a título de **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**, enquanto comprovadamente existir o vínculo entre os servidores e o Estado do Tocantins.

REJEITO, contudo, o pedido relativo ao adicional noturno, nos termos da fundamentação supra.

DETERMINO ao Estado do Tocantins que apresente, no prazo de 30 (trinta) dias, as fichas financeiras dos substituídos enumerados no evento 01, ANEXO5, a partir de **10/11/2009** até os dias atuais, com a devida comprovação nos autos.

O requerido é isento de custas processuais na forma da lei. Todavia, **CONDENO** o Estado do Tocantins ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento no art. 85, §8º do Código de Processo Civil. Sem reexame necessário (art. 496, §3º, inciso II, do CPC).

Interposta apelação, **INTIME-SE** a parte recorrida para apresentação de contrarrazões. Caso contrário, operado o trânsito em julgado (preclusão), certifique-se. Cumpridas as formalidades legais, proceda-se a baixa dos autos no sistema eletrônico e a restituição dos autos à origem, com as cautelas de estilo.

⁴ Redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Intimem-se. Cumpra-se.

Palmas/TO, data certificada pelo sistema e-Proc.

Assinado de forma digital por RONICLAY ALVES DE MORAIS
Data: 29/05/2018 15:50:10

RONICLAY ALVES DE MORAIS

Juiz de Direito em Auxílio ao NACOM⁵

⁵ Portaria nº 6.920, de 19 de dezembro de 2017 – DJe nº 4.180, de 19 de dezembro de 2017, prorrogada pela Portaria nº 744, de 12 de abril de 2018 – DJe nº 4.243, de 12 de abril de 2018.