

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL**

MANDADO DE INJUNÇÃO N.º [REDACTED]

Impetrante: [REDACTED]

Impetrado: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Relator: Desembargador BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO (25107)

CLASSIFICAÇÃO REGIMENTAL : 5.

Mandado de injunção. Delegada de polícia. Mora do legislador estadual para estabelecer o adicional noturno. Distribuição de IRDR, sobre a matéria, pendente de admissibilidade pelo colegiado competente. Desnecessidade de suspensão do julgamento deste writ. Precedentes deste Órgão Especial. Requisitos para a injunção preenchidos: 5º, LXXI, da Carta Federal. Iniciativa de lei privativa do Chefe do Executivo Estadual, conforme artigo 112, §1º, inciso II, alínea b, da Constituição Estadual. Possibilidade de cumulação entre o adicional noturno e o regime de plantão. Jurisprudência consolidada do STJ e deste Tribunal de Justiça. Mora legislativa reconhecida por este Órgão Especial em injunções anteriores. Aplicação do art. 8º, parágrafo único, da Lei 13.300. Percentual de 20%, aplicado por analogia ao art. 73 da CLT. Dever de autorrerência e coerência deste Tribunal de Justiça. Descabimento de honorários, por força do art. 14 da Lei 13.300 c/c art. 25 da Lei 12.016. Injunção parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção n.º [REDACTED] em que é impetrante [REDACTED] e impetrado o GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, **REJEITAR AS PRELIMINARES** e **CONCEDER PARCIALMENTE** a injunção.

RELATÓRIO

Mandado de injunção ajuizado por [REDACTED] visando ao reconhecimento da mora legislativa e à edição de norma regulamentadora para o recebimento do adicional noturno durante o período entre às 22hrs de um dia até às 5hrs do dia seguinte.

2. Alega, em síntese, a impetrante que é Delegada de Polícia e que sua carga horária é de 40 horas semanais, em regime de escala com plantão noturno de 24 horas. Informa que os plantões têm início às 8hrs da manhã e terminam na mesma hora

da manhã do dia seguinte. Diz que *“recebe o mesmo salário de um funcionário com o mesmo cargo, mas que trabalhe em regime de expediente (dias úteis, de 10h às 18h)”* (sic – TJe 2/2). Salaria que a ausência de norma, total ou parcial, inviabiliza o gozo do benefício do adicional noturno. Discorre sobre a teoria concretista adotada pelo STF. Aponta que a parcela pretendida é garantida pela Constituição Federal, conforme artigos 7º, inciso IX, e art. 39, §3º. Esclarece que a iniciativa da lei é do Chefe do Executivo, conforme o art. 83, inciso V, da Constituição do Estado. Defende a eficácia plena do art. 7º, inciso IX, constitucional, por força do art. 5º, §1º. Argumenta que *“a própria CERJ prevê a possibilidade de se aplicar, POR ANALOGIA, norma constitucional ou outra lei federal ao caso concreto em que se verifica a omissão e/ou inexistência de lei estadual àquele determinado assunto”* (sic - TJe 2/5). Suscita o art. 75 da Lei Federal 8.112, que disciplinou o adicional noturno para os servidores federais em 25%. Salaria que o mesmo percentual é repetido no art. 161, §1º, do Decreto Estadual nº 2479. Conclui, como devido o adicional, ao servidor que exerça sua jornada no período entre às 22hrs e às 5hrs do dia seguinte. Defende a exceção prevista na Lei Complementar nº 101, para permitir a incidência da verba, sem que isso acarrete a violação ao aumento de despesa. Afasta a hipótese da súmula vinculante nº 37 e, por outro lado, menciona o verbete 213 da Súmula do STF. Relaciona precedentes deste Tribunal de Justiça em favor de sua tese. Discorre sobre a possibilidade dos servidores que trabalham sob o regime de plantão receberem o adicional noturno. Justifica a possibilidade de controle de sua jornada. Pretende que seja declarada a omissão legislativa, referente à regulamentação do adicional noturno, aplicando-se, por analogia,

o art. 75 da Lei Federal nº 8.112/90 e o §1º, do art. 161, do Decreto-Lei Estadual nº 2.479/79, que fixam o percentual de 25%. Subsidiariamente, visa à aplicação analógica do art. 73, §2º, da CLT, cujo percentual foi fixado em 20%. Pede a concessão da ordem (TJe 2/1-18).

3. O impetrado prestou informações, alegando a impossibilidade de pagamento de adicional noturno aos servidores que trabalham sob o regime de plantão. Diz que tais servidores são compensados pela compensação natural do período de descanso remunerado. Menciona precedentes remotos do STJ e desta Corte Estadual. Enfatiza que, ao reconhecer o adicional, caracterizaria *bis in idem*. Esclarece que o direito pretendido foi refutado em ação civil pública ajuizada pelo Sindicato SINDIPOL, distribuída sob o nº 0117250-22.2018.8.19.0001. Discorre sobre o Princípio da Separação dos Poderes. Ressalta o atual momento em que o Estado está sob o regime de recuperação fiscal. Suscita o art. 20 e art. 22 da LINDB. Pede a denegação da injunção (TJe 47/1-12).

4. Parecer do Ministério Público, pela concessão da injunção (TJe 83/1-17).

5. Nova manifestação do impetrado, requerendo a suspensão do julgamento, sob a alegação de ajuizamento de incidente de demandas repetitivas com o mesmo objeto deste *writ* (TJe 164/1-2). Manifestação da impetrante, impugnando a suspensão (TJe 176/1-2). Parecer do Órgão Fiscal, pela não suspensão (TJe 189/1-2).

6. Os autos retornaram conclusos em 27 de junho de 2022, sendo devolvidos hoje para inclusão na **pauta da sessão presencial** do Órgão Especial, em razão do deferimento anterior da sustentação oral (TJe 139).

V O T O

7. Ação constitucional ajuizado por delegada de polícia, pretendendo o reconhecimento da mora legislativa e a edição de norma regulamentadora para o recebimento do adicional noturno.

8. A **competência** deste Tribunal de Justiça tem fundamento no art. 161, inciso IV, alínea g da Constituição Fluminense.

9. É **descabida a arguição de intempestividade** das informações da autoridade impetrada. A ciência ocorreu em **27.03.2021**, um sábado (TJe 32). As informações foram protocoladas em **08.04.2021** (TJe 34/1). Portanto, foi obedecido o prazo do art. 5º, inciso I, da Lei Federal 13.300.

10. Com relação à **suspensão do julgamento** em razão da distribuição do **IRDR nº 0073573-37.2021.8.19.0000**; em consulta aos autos do mencionado incidente, verifica-se que **sequer houver juízo de admissibilidade pelo colegiado** (art. 981 do CPC),

muito menos a determinação de suspensão pelo relator (art. 982, inciso I, processual).

11. Daí a desnecessidade de suspensão deste writ.

12. Este Órgão Especial decidiu questão idêntica no julgamento do **mandado de injunção nº 0064836-45.2021.8.19.0000** (DJe 04.05.2022), cuja ementa é aqui transcrita aqui no que importa às preliminares ora rejeitadas, verbi:

“DECLARAÇÃO DE MORA LEGISLATIVA QUANTO À REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO PREVISTO NO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 39 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 83, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Até a presente data, não houve pronunciamento judicial acerca da admissão do incidente nos autos do IRDR nº 0073573-37.2021.8.19.0000, o que afasta a imprescindibilidade de suspensão dos processos cujos objetos são idênticos. Com efeito, da exegese literal do artigo 982, caput e inciso I, do Código de Processo Civil, somente após a decisão de admissão do IRDR que se suspendem os processos com objetos semelhantes, e não, a

*mera instauração, como no caso em apreço. Nesta toada, não há que se falar na suspensão da presente ação mandamental. A **superveniência da Lei Estadual nº 9.424/21 não tem o condão de conduzir a perda superveniente do objeto do writ.** Observa-se da redação legal que, o exercício do direito à percepção do adicional noturno pelos servidores contemplados pela norma não foi instrumentalizado, **sendo necessária sua regulamentação, na forma do artigo 3º, reservando-se a lei, simplesmente afirmar a existência do direito.** (...).” (grifos do relator)*

13. Confira-se, ainda, o **mandado de injunção nº 0062872-17.2021.8.19.0000**, de minha relatoria.

14. **Rejeitadas as preliminares**, passa-se ao exame da **omissão** arguida pela impetrante e se ela **impede** o exercício do direito.

15. Os requisitos cumulativos do **artigo 5, inciso LXXI**, da Constituição Federal impõem: **(i)** a omissão legislativa (a) que regulamente o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente ou (b) para a efetividade de prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania, já afirmadas em legislação (ainda que infraconstitucional); e **(ii)** que a carência

da norma reguladora impeça o exercício pelo titular da garantia constitucional das liberdades e dos direitos, ou das prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania.

16. O adicional noturno pretendido pela impetrante tem fundamento no **art. 39, §1º**, da CF, que estende aos servidores de cargo efetivo, dentre outros direitos sociais reconhecidos aos trabalhadores urbanos e rurais pelo art. 7º da mesma Carta, o **direito à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno**.

17. Em que pese o Chefe do Executivo argumente com a inviabilidade de tal verba ser paga aos que exercem cargos sob o regime de plantão, a matéria não é nova neste Tribunal de Justiça, que tem decidido pela compatibilidade entre ambos.

18. Nesse sentido, confirmam-se os julgamentos dos **mandados de injunção nºs 0039303- 26.2017.8.19.0000 e 0024152- 54.2016.8.19.0000** por este Órgão Especial.

19. O Ministério Público destacou em seu parecer (TJe 83/12):

*“(...) O fato de a impetrante desempenhar as suas **atividades em regime de plantão não constitui óbice à fruição do adicional noturno, que objetiva compensar***

pecuniariamente o trabalhador pelo desgaste acarretado pelo trabalho em horário fisiologicamente destinado ao descanso. As folgas de 72 horas intercaladas entre os plantões, por seu turno, constituem medida de higiene do trabalho, destinadas à recuperação física e mental do obreiro” (grifos do relator)

20. Esse entendimento está sedimentado na jurisprudência do STJ. Sobre o tema, confira-se o julgamento do **AgRg no REsp 1310929-DF** (DJe 22/05/2013):

ADMINISTRATIVO. **DELEGADO. POLICIAL CIVIL. DF. ADICIONAL NOTURNO. REGIME DE PLANTÃO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É devido o adicional noturno ao servidor que trabalha no regime de plantão. Precedente. 2. Agravo regimental não provido.”** (grifos do relator)

21. No mesmo sentido, é o **Enunciado 213** da Súmula do STF: “É devido o adicional noturno, ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento”.

22. Daí o **descabimento** da alegada vedação à cumulação.

23. Também **é afastado** o argumento do regime de recuperação fiscal. Destaca-se que a Lei Complementar 173 vigeu somente no exercício de 2020. Ademais, não é possível invocar os artigos 167 e 169 da Constituição Federal, bem como a Lei Complementar nº 101/2000, pois a mora legislativa é **anterior** a qualquer regime de recuperação fiscal do Estado do Rio de Janeiro.

24. Há uma **inação permanente** do Chefe do Executivo para implementar o direito social devido aos servidores estaduais que se submetem ao trabalho noturno. Tal iniciativa é privativa do Governador, conforme o art. 112, §1º, inciso II, alínea b, da Constituição Fluminense.

25. O argumento de que o adicional noturno é descabido em razão da improcedência do pedido na ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado **não convence**.

26. Aquela demanda (nº 0262405-22.2019.8.19.0001) não foi acolhida exatamente por não existir norma regulamentadora da verba. Portanto, tangencia a temeridade citar a improcedência daquela demanda para tentar impedir o reconhecimento da omissão da norma que deveria regulamentar o adicional noturno. O fundamento para a improcedência da ação coletiva apenas corroborou a **necessidade** e a **utilidade** deste mandado de injunção.

27. Portanto, fica **reconhecido** o estado de mora do Chefe do Executivo. Por outro lado, tendo em vista que a mora objeto deste mandado de injunção foi reconhecida outras vezes por este Órgão Especial, conforme os precedentes mencionados, é possível a aplicação do art. 8º, **parágrafo único**, da Lei Federal 13.300:

*“art. 8º (...) Parágrafo único. Será **dispensada** a determinação a que se refere o inciso I do caput quando **comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.**”* (grifos do relator)

28. Porém, quanto ao percentual, não são aplicados os 25% previstos no Estatuto dos Servidores Federais (Lei 8112), como pretendido pela impetrante.

29. Incide, in casu, Aplica-se, aqui, o percentual adotado pelos precedentes deste Órgão Especial, qual seja os **20%** sobre a remuneração do trabalho diurno até que venha a ser editada a norma regulamentadora do adicional noturno devido aos servidores estatutários, na forma do art. 73 da CLT:

*“Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um **acréscimo***

de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna". (grifei)

30. Portanto, são observados o dever de **autorreferência e a coerência** previstas no art. 926 do CPC. Nesse sentido, confirmam-se os **Enunciados 453 e 454** do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis:

*"453: A **estabilidade** a que se refere o caput do art. 926 consiste no **dever de os tribunais observarem os próprios precedentes**.*

*"454: Uma das dimensões da **coerência** a que se refere o caput do art. 926 consiste em os **tribunais não ignorarem seus próprios precedentes**." (grifos do relator)*

31. **Descabido o arbitramento de honorários sucumbenciais**, na medida em que se aplica ao mandado de injunção o disposto no art. 25 da Lei Federal 12.016 (cuja constitucionalidade foi reconhecida recentemente pelo STF – **ADI 4296-DF**), por força do art. 14 da Lei Federal 13.300.

32. Sobre o tema, confira-se o entendimento do STJ, no julgamento do **REsp 1797474-TO** (DJe 31.05.2019), verbi:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE INJUNÇÃO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS E CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuidaram os autos, na origem, de Mandado de Injunção requerendo a supressão da lacuna normativa e garantia do reajuste dos vencimentos dos servidores públicos estaduais no Tocantins. O acórdão extinguiu o processo por perda superveniente do objeto em virtude da publicação da Lei 3.174/2016 e condenou o impetrado ao pagamento de custas e honorários por ter dado causa à impetração.

*2. O **art. 14 da Lei 13.300/2016 remete o Mandado de Injunção às normas referentes ao Mandado de Segurança, razão pela qual é incabível a condenação em honorários por força do entendimento insculpido na Súmula 105/STJ: “Na ação de Mandado de Segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”. 3. Recurso Especial provido para decotar a incidência de honorários sucumbenciais e a condenação nas***

despesas processuais impostas pelo acórdão recorrido.” (grifos do relator)

33. Assim sendo, **REJEITAM-SE AS PRELIMINARES e**, no mérito, **CONCEDE-SE PARCIALMENTE** a injunção para **reconhecer** a mora legislativa e **determinar** a inclusão do adicional noturno nos vencimentos da impetrante, correspondente a 20% sobre a hora diurna, até que a legislação estadual discipline o tema. As custas serão ressarcidas pelo Estado na forma do art. 17, §1º, da Lei Estadual 3350.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2022.

Desembargador **BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO**
R E L A T O R