



Mandado de Injunção nº 0030459-48.2021.8.19.0000

Impetrante: ROBSON CARLOS DE FARIA NÓBREGA

Impetrado: EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relatora: Desembargadora **MARIA HELENA PINTO MACHADO**

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. ADICIONAL NOTURNO. REGULAMENTAÇÃO. ARTIGOS 5º, LXXI, 7º, IX, DA CRFB/88, 83, V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RJ, E 2º DA LEI ESTADUAL Nº 13.300/2016. CONCESSÃO DA ORDEM. REEMBOLSO DE DESPESAS PROCESSUAIS. IMPOSIÇÃO LEGAL. ART. 17, §1º, DA LEI Nº 3350/99. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

- Impetrante que visa a concessão de adicional noturno, em relação ao trabalho executado entre 22:00 de um dia às 5:00 do dia seguinte, com suporte no disposto no art. 2º da Lei nº 13.300/16, 5º, LXXI, 7º, IX, da CRFB/88, 83, V, da CERJ.

- Direito à remuneração do trabalho noturno superior ao do diurno que possui previsão no art. 7º, IX, da CRFB/88, devendo ser estendido aos servidores ocupantes de cargo público, a teor do disposto no art. 39, §3º, da Carta Magna, bem como no art. 83, V, da CERJ.

- Reconhecimento de lacuna legislativa e mora do Impetrado para regulamentação do adicional noturno aos servidores públicos estaduais que autoriza a aplicação, de forma analógica, em favor do Impetrante, até que referida omissão seja suprida, o disposto no art. 73 da CLT, que fixa o adicional noturno em 20% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre às 22:00 de um dia e às 5:00 do dia seguinte, incidindo tal acréscimo sobre as horas prorrogadas, consoante orientação do Órgão Especial/TJRJ.

CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Mandado de Injunção nº Mandado de Injunção nº 0030459-48.2021.8.19.0000 e Impetrante ROBSON CARLOS DE FARIA NÓBREGA e Impetrado EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **conceder a injunção**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Injunção impetrado por ROBSON CARLOS DE FARIA NÓBREGA, tendo como autoridade coatora o EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Segundo narrativa da inicial (index 02), o Impetrante é Inspetor de Segurança penitenciária da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (S.E.A.P), lotado no Grupamento de Serviço de Segurança Externa (GSSE Bangu)

Aduz o impetrante que o servidor público que no Grupamento de Serviço de Segurança Externa (GSSE Bangu), o IMPETRANTE tem carga horária de 40h (quarenta horas) semanais, sendo certo que realiza parte do trabalho em horário noturno, especificamente em plantões semanais de 24h (escala de 24 X 72 horas), conforme corroboram algumas de suas escalas de serviço, sem o prejuízo das demais, que se encontram em poder do Impetrado. Os plantões de 24h iniciam-se às 8h da manhã e terminam às 8h da manhã do dia seguinte, isso quando não se estendem, por conta de flagrantes ou ocorrências de grande vulto.

Afirma que o Impetrado continua a pagar para o Impetrante remuneração noturna igual à diurna, contrariando a inequívoca norma do art. 83, V, da CERJ, bem como do art. 7º, IX, da CRFB/88.

Portanto, neste contexto, 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. Nesse sentido, pode ser aplicado ao caso em tela o



Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais (Lei 8.112/90), que disciplinou a matéria de modo inequívoco em seu art. 75.

Sustenta que tal solução se alinha, em parte, com a prevista no Decreto Estadual nº 2.479/1979, que regulamenta o Estatuto dos servidores públicos civis do Estado do Rio de Janeiro, que prevê, em seu art. 161, § 1º, a gratificação pela prestação de serviço extraordinário, inclusive quando realizado no período noturno (cujo horário se encontra estabelecido neste dispositivo).

Destaca que, não obstante a Súmula 339 do STF estabelecer que "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento da isonomia", fato é que tal dispositivo se refere apenas ao termo "aumentar", que nada tem a ver com a concessão do adicional noturno, uma vez que se trata de direito constitucionalmente assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º, inciso IX, CRFB/1988).

Formula, ao final, os seguintes pedidos: I – Conceder a ordem para declarar a omissão legislativa e viabilizar ao IMPETRANTE o exercício do direito constitucional à percepção do adicional noturno, calculado em 25% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre 22 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte, aplicando-se analogicamente o art. 75 da Lei 8.112/90 e ao § 1º, do art. 161, do Decreto Lei 2.479/79, plenamente em vigor, com acréscimo de eventuais horas prorrogadas até o fim da jornada de trabalho, aplicando-se, por analogia, a Súmula 60 do TST;

II- Subsidiariamente, conceder a ordem para declarar a omissão legislativa e viabilizar ao IMPETRANTE o exercício do direito constitucional à percepção do adicional noturno, calculado em 20% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre 22 horas de um dia e às 05 horas do dia seguinte, por analogia ao §2º do Artigo 73 da CLT, com acréscimo de eventuais horas prorrogadas até o fim da jornada de trabalho, aplicando-se, por analogia, a Súmula 60 do TST, devendo pagar tais valores a partir da impetração do presente;

III - Condenar o IMPETRADO a continuar procedendo o pagamento ao IMPETRANTE, enquanto perdurar o efetivo exercício da carga horária em horário noturno, sob pena de multa em caso de descumprimento;

IV - Que seja o IMPETRADO condenado ao pagamento de custas processuais adiantadas pelo IMPETRANTE, na forma do artigo 82, §1º do C.P.C/2015 e conforme previsto no artigo 17, §1º, da LEI Nº 3.350/99, e ENUNCIADO Nº 28 do FETJ, contido no AVISO TJ Nº 57/201.



Informações prestadas pela autoridade impetrada (index 36/54).

Impugnação ofertada pelo Estado do Rio de Janeiro, pugnano seja o presente feito julgado extinto sem resolução de mérito, e eventualmente, seja denegada a segurança pleiteada (index 55/72).

Parecer da Procuradoria Geral da Justiça opinando pela concessão da ordem (index 75/84).

É o relatório.

VOTO

Esclareça-se, inicialmente, que o Mandado de Injunção tem o escopo de dar plena efetividade a direito constitucionalmente assegurado cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, na forma do disposto no artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB/88, *in verbis*:

.....
“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”
.....

Nesse mesmo sentido dispõe o art. 2º da Lei nº 13.300/16¹, que disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção, sendo legitimado ativo toda pessoa natural ou jurídica que se afirme titular do direito, e, legitimado passivo, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora, a teor do disposto no art. 3º da referida lei: *“São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a*

¹ “Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.”.

Esmiuçando o caso concreto, evidencia-se a presença dos requisitos legais exigidos para concessão da ordem.

In casu, o autor é servidor público estadual ocupante do cargo de Inspetor de Segurança penitenciária da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (S.E.A.P), lotado no Grupamento de Serviço de Segurança Externa (GSSE Bangu) e pretende o reconhecimento da omissão do Exmo Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro quanto à regulamentação das normas legais que preveem a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno.

Deveras, a Constituição Federal assegura a todos os servidores públicos o recebimento de adicional noturno, conforme se depreende dos artigos 7º, IX e 39, §3º, *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;

(...) 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, 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.”
.....

A Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro, também tem igual previsão no artigo 83, V: “*Aos servidores públicos civis ficam assegurados, além de outros que a lei estabelecer, os seguintes direitos: (...) V - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;*”.

Trata-se de normas de eficácia limitada, em relação a direito fundamental, devendo, pois, ser suprida a omissão, estabelecendo-se condições para o exercício do direito ao adicional, sem que isso signifique violação ao princípio da separação dos poderes. Confira-se a seguinte lição doutrinária, sobre o tema em exame²:

² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 142.



.....

“Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5.º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o art. 5.º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2.º (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa.

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, "não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente".

.....

Com efeito, a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 670, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma posição concretista, segundo a qual a decisão que concede o mandado de injunção deve viabilizar a fruição concreta do direito, cabendo ao Poder Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional conferida pela Constituição Federal, apreciar qualquer lesão e ameaça a direito que lhe for apresentada e assegurar o efetivo exercício da prerrogativa constitucional carente de normatização, e não apenas declarar a mora legislativa.

Registre-se, ainda, o que dispõe expressamente o artigo 8º, incisos e parágrafo único, da Lei 13.300/16:

.....

“Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:





I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
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”.

.....

É possível a aplicação do parágrafo único da sobredita norma legal, ao caso concreto, tendo em vista que a mora na edição de norma regulamentadora para o adicional noturno dos servidores públicos estaduais é incontroversa e foi declarada há mais de uma década por esta Corte de Justiça. Confira-se:

.....

0021713-56.2005.8.19.0000 - MANDADO DE INJUNÇÃO - Des. MARCUS ANTONIO DE SOUZA FAVER - Julgamento: 20/02/2006 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

“MANDADO DE INJUNÇÃO REMUNERACAO DOS SERVIDORES PUBLICOS OMISSAO DO GOVERNADOR MORA Mandado de Injunção. Norma da Constituição Estadual prevendo remuneração de trabalho noturno superior ao diurno para os servidores públicos estaduais. Dispositivo de eficácia limitada a depender de regulamentação infraconstitucional. Configurada mora do legislador ordinário. Proibição do Judiciário em suprir a omissão, com eventual edição de ato normativo. Declaração da mora e notificação do órgão competente para a adoção das providências necessárias para o cumprimento do preceito constitucional. Rejeição das preliminares de inépcia, descabimento e falta de pressupostos. Concessão parcial do pedido”.

.....

Assim, considerando haver previsão expressa no art. 83, V, da Carta Magna Estadual, de remuneração do trabalho noturno superior à diurno para todos os servidores públicos civis, sem exceção, não há se falar em vedação constitucional à concessão do adicional noturno aos policiais civis do Estado do Rio de Janeiro.





Pontue-se, ainda, que o fato de o trabalho do Impetrante ser exercido em regime de plantão não afasta seu direito ao adicional noturno, por força do disposto no enunciado nº 213 da Súmula do STF: “*É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento.*”, cuja observância é impositiva (art. 927, III, do CPC³).

Enfim, reconhecida a lacuna legislativa e da mora do Impetrado no que tange à regulamentação do adicional noturno para seus servidores públicos, até que a omissão legislativa seja suprida, deve ser aplicado, analogicamente, o disposto no artigo 73 da CLT⁴, referente às horas efetivamente laboradas pelo Impetrante no horário noturno, ou seja, das 22:00 de um dia às 05:00 do dia seguinte, incidindo tal acréscimo sobre a horas prorrogadas, orientação esta que se encontra em consonância com a jurisprudência deste E. Órgão Especial, consoante se vê dos arestos a seguir colacionados:

.....

0015451-31.2021.8.19.0000 - MANDADO DE INJUNÇÃO - Des(a). MARIA INÊS DA PENHA GASPAR - Julgamento: 23/08/2021 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

MANDADO DE INJUNÇÃO. Writ em que objetiva a impetrante, Inspetora da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, a concessão de adicional noturno, no que tange ao trabalho executado entre 22:00 h de um dia até às 5:00 h do dia seguinte. Preliminar de falta de interesse de agir rejeitada. O Mandado de injunção é o remédio constitucional que tem por objetivo dar plena efetividade a direito constitucionalmente assegurado, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, sendo legitimado ativo toda pessoa natural ou jurídica que se afirme titular do direito, e legitimado passivo o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora, a teor do disposto no art. 3º da Lei nº 13.300/16. Remuneração do trabalho noturno superior ao do diurno que se encontra expressamente prevista no art. 7º, IX, da Constituição Federal, sendo tal direito estendido aos servidores públicos ocupantes de cargo público, a teor do disposto no art. 39, §3º, da mesma Constituição, cujas normas se encontram reproduzidas no art. 83, V, da CERJ. Remuneração por adicional noturno que constitui uma garantia individual, inserida na Constituição Federal, especificamente no

³ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

⁴ “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”.



capítulo dos direitos sociais, e que até hoje não foi normatizada pelo legislador estadual. Adicional noturno que deve ser concedido à ora impetrante, por se tratar de garantia constitucional estendida a todos os empregados e servidores públicos, independentemente do regime jurídico ao qual se encontram submetidos ou da existência de previsão contratual ou infraconstitucional, e também por se tratar de norma de eficácia plena, a teor do disposto no art. 5º, §1º, da CF/88. Assim, reconhecida a lacuna legislativa e da mora do impetrado no que tange à regulamentação do adicional noturno para os referidos servidores públicos estaduais, até que a omissão legislativa seja suprida, deve ser aplicado ao ora impetrante, de forma analógica, o disposto no art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho, que fixa o adicional noturno em 20% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre às 22:00 h de um dia e às 5:00 h do dia seguinte, incidindo tal acréscimo sobre a horas prorrogadas, orientação esta que se encontra em consonância com a jurisprudência deste E. Órgão Especial. Descabimento da condenação do impetrado ao pagamento de verbas pretéritas, tendo em vista que o presente writ, nos mesmos moldes do mandado de segurança, não é sucedâneo de ação de cobrança, devendo tal pretensão ser deduzida pela via própria. Ordem parcialmente concedida.

.....

0059853-37.2020.8.19.0000 - MANDADO DE INJUNÇÃO - Des(a). LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE - Julgamento: 15/03/2021 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. Impetrante informa ser técnica de enfermagem e exercer sua atividade em hospital estadual no turno da noite. Pretensão de declaração da mora legislativa ou estabelecimento das condições para o exercício do direito a receber adicional noturno. Cabe ao Governador do Estado a iniciativa da Lei nos termos do artigo 112, 1º, II, b, da Constituição Estadual. O Presidente da Assembleia Legislativa deve figurar no polo passivo por ser a casa em que a Norma tramita de acordo com a Corte Suprema. A supressão da lacuna pelo Poder Judiciário deve ser dirigida ao Reitor da Universidade pagadora. Diversos casos análogos decididos por este Órgão Especial no sentido de ser devida a verba remuneratória. Direito que não se altera pelo fato de o trabalho ser regido em esquema de plantão no entendimento do Corte Superior. Determinação de pagamento do adicional na forma prevista no artigo 73 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Inexistência de violação ao princípio da separação dos Poderes por se tratar de exercício da função judicante. O pedido de



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

pagamento de cinco anos pretéritos se afigura descabido na via Constitucional manejada. **CONCESSÃO PARCIAL DA INJUNÇÃO.**

.....

Pelo exposto, defiro a gratuidade de Justiça e voto no sentido de **conceder a injunção**, para declarar a mora legislativa e determinar a inclusão nos vencimentos do Impetrante do adicional noturno no valor correspondente a 20% sobre a hora diurna, determinando que a autoridade impetrada promova a edição da norma regulamentadora de que trata o art. 40, § 4º-A, da Constituição Federal, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em atenção ao art. 8º, inciso I, da Lei 13.300/2016

Deixo de condenar em honorários, por força do disposto no art. 25 da Lei 12.016/09, utilizado subsidiariamente (art. 14, da Lei nº 13.300/16).

Dê-se ciência à Procuradoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2021.

Desembargadora **MARIA HELENA PINTO MACHADO**
Relatora