



Mandado de Injunção nº 0065339-66.2021.8.19.0000

Impetrante: Francisco Chao de La Torre

Impetrado: Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro

Relatora: Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

MANDADO DE INJUNÇÃO IMPETRADO POR COMISSÁRIO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PRETENDENDO QUE SEJA DECLARADA A MORA LEGISLATIVA NO TOCANTE À EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTADORA QUE POSSIBILITE AOS SERVIDORES ESTADUAIS O RECEBIMENTO DO ADICIONAL NOTURNO ASSEGURADO PELO ARTIGO 7º, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSTERIOR EDIÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 9.414/2021, QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CONCEDER ADICIONAL NOTURNO AOS SERVIDORES DA POLÍCIA CIVIL. REGULAMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA VIABILIZAR O EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL. CABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DO ADICIONAL NA FORMA DO ARTIGO 73 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. DESCABIMENTO DO PEDIDO DE PAGAMENTO RELATIVO ÀS VERBAS PRETÉRITAS PELA VIA CONSTITUCIONAL MANEJADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MANDADO DE INJUNÇÃO nº 0065339-66.2021.8.19.0000 em que é impetrante FRANCISCO CHAO DE LA TORRE e impetrado EXMO. SR. 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, em CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.



Trata-se de mandado de injunção impetrado por Francisco Chao de La Torre, Comissário da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, alegando omissão legislativa, por parte do Governador do Estado do Rio de Janeiro, quanto à regulamentação do parágrafo 3º do artigo 39 da Constituição Federal e do artigo 83, inciso V, da Constituição do Estado. Afirma que trabalha em regime de plantão noturno (expediente de 24/72, de 8h da manhã às 8h da manhã do dia seguinte), perfazendo a carga horária de 40h semanais, na Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (D.P.M.A), sem o pagamento do adicional noturno a que teria direito, por ausência de ato normativo que regulamente tal instituto. Requer a 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 o impetrado pagar tais valores desde a propositura do presente e enquanto perdurar o efetivo exercício da carga horária em horário noturno.

Às fls. 34 e 36, certidões que atestam, respectivamente, a ausência de manifestação do impetrado e da Procuradoria Geral do Estado.

Às fls. 56/73, o Estado do Rio de Janeiro manifesta interesse em ingressar no feito, alegando necessidade de suspensão do processo tendo em vista a instauração do Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas 0073573-37.2021.8.19.0000. Alega que carecem de plausibilidade as afirmações do impetrante, sendo a hipótese de indeferimento da inicial de plano, ante a ausência dos mais elementares requisitos para o deferimento da ordem, seja pela ausência de mora do Poder Executivo, seja pela impossibilidade de se utilizar da via eleita para aperfeiçoar norma já existente, ou mesmo pela ausência do direito ao adicional, tendo em vista a disciplina remuneratória dos servidores da área de Segurança.

Parecer da Procuradoria de Justiça, às fls. 75/84, opinando pela extinção do processo na forma do artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 13.300/2016 e do artigo 485, VI, do CPC.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

Inicialmente, não cabe falar em suspensão do feito em razão do IRDR nº 0073573-37.2021.8.19.0000 (*“Definição acerca da existência, ou não, do direito à percepção de adicional noturno pela categoria de Policial Civil do Estado do Rio de Janeiro que exerce atividade profissional e regime de plantão e revezamento”*), tendo em vista que ainda não foi proferida decisão acerca da admissão deste incidente, não havendo determinação de sobrestamento de feitos que versem sobre a matéria até o presente momento.



Há que se atentar para a superveniência da edição da Lei Estadual nº 9.414 de 23 de setembro de 2021, que autoriza o Poder Executivo a conceder adicional noturno aos servidores da Polícia Civil. Confira-se o seu teor:

Lei Estadual nº 9.414 de 23 de setembro de 2021

AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CONCEDER O ADICIONAL NOTURNO AOS SERVIDORES DA POLÍCIA CIVIL, NA FORMA QUE MENCIONA.

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno aos servidores da Polícia Civil.

Parágrafo único. A remuneração do trabalho noturno a que se refere o deste artigo poderá ser acrescida de 20% (vinte por cento).

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Lei, deverá ser apresentado estudo de impacto financeiro-econômico, em observância aos artigos 16, inciso I, e 19, inciso II, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, e demais exigências legais.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2021.

CLAUDIO CASTRO

Governador

Observe-se que foi também editada a Lei Estadual nº 9.424 de 29 de setembro de 2021, que autoriza o Poder Executivo a conceder adicional noturno aos servidores públicos civis, de teor semelhante, mas com algumas distinções:

Lei Estadual nº 9.414 de 23 de setembro de 2021

AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A CONCEDER O ADICIONAL NOTURNO AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, NA FORMA QUE MENCIONA.

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno aos Servidores Públicos Civis.

Parágrafo único. A remuneração do trabalho noturno a que se refere o caput deste artigo poderá ser acrescida de 20% (vinte por cento).

Art. 2º A efetividade da presente lei estará condicionada a apresentação de estudo de Impacto orçamentário e financeiro, conforme preceituam os artigos 16, inciso I, e 19, inciso II, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, e demais exigências constitucionais e legais.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2021.

CLAUDIO CASTRO

Governador

Note-se que a Lei Estadual nº 9.414/2021, aplicável ao impetrante por se tratar de servidor da polícia civil, diferentemente da Lei Estadual nº 9.424/2021, não prevê a necessidade de regulamentação pelo Poder Executivo e tampouco menciona



expressamente que a efetividade da lei ficaria condicionada, mas, ainda assim, se limita a autorizar a concessão do adicional noturno com acréscimo de 20% (vinte por cento) e a exigir, para tanto, a apresentação de estudo de impacto financeiro-econômico em observância aos artigos 16, inciso I, e 19, inciso II, da Lei Complementar nº 101/2000. Merecem transcrição os dispositivos citados:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

(...)

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

Releva consignar que tais condicionantes tendem a dificultar o exercício do direito constitucional em questão. Registre-se, nesse ponto, que as normas da Lei Complementar nº 101/2000 não podem ser invocadas para justificar o descumprimento do artigo 7º, IX, da Constituição Federal.

Ademais, somente se poderia cogitar de uma possível perda de objeto se constatado que a norma superveniente efetivamente viabiliza o exercício do direito reclamado. Contudo, isto não se evidencia no caso em tela, revelando-se cabível o mandado de injunção, de acordo com o texto dos artigos 5º, LXXI, da Constituição Federal e 2º, caput, e parágrafo único da Lei nº 13.300/2016:

Art. 5º (...)

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;

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.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Inclusive, o artigo 2º da Lei nº 13.300/2016 prevê que a falta parcial de norma regulamentadora também autoriza o manejo do referido remédio constitucional. Portanto, diante da insuficiência da norma editada, verifica-se que, de fato, há omissão a impedir o exercício do direito ao recebimento do adicional noturno, garantido pelos artigos 7º, IX e 39, § 3º, da Constituição da República e artigos 39 e 83, V, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

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.

Art. 39 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

(...)

Art. 83 - 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;

O direito à percepção do adicional noturno não pode ser obstado pela ausência de regulamentação, por se tratar de garantia constitucional estendida a todos os empregados e servidores públicos. Até o momento, não houve sua normatização pelo legislador estadual de forma suficiente a viabilizar o exercício do direito. Logo, resta evidente a ocorrência de mora legislativa na espécie, a ensejar o cabimento do mandado de injunção, a teor do disposto no artigo 5º, LXXI, da Constituição da República.

Por sua vez, os documentos de fls. 3/22 do Anexo 1 comprovam que o impetrante é comissário da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro e exerce parte da sua carga horária em horário noturno. Importa consignar que mesmo quando o trabalho se dá em regime de plantão não é afetado o direito, eis que envolvido direito social previsto na Constituição e cuja interpretação deve se dar de maneira mais ampla, para fins de conferir-lhe a máxima efetividade, não cabendo ao aplicador do direito criar restrição quando o texto da lei não o fez. Além disso, o adicional noturno se mostra devido em virtude do maior desgaste sofrido no respectivo período, estando presentes as circunstâncias mais gravosas que o justificam, com o exercício de trabalho em horário fisiologicamente destinado ao descanso. Esse é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Veja-se precedente acerca da matéria:

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL. REGIME DE PLANTÃO (24H DE TRABALHO POR 48H DE DESCANSO). ADICIONAL NOTURNO. ART. 7º, IX, DA CF/88. ART. 75 DA LEI 8.112/90. CABIMENTO. PRECEDENTES DO TST. SÚMULA 213/STF.

1. O servidor público federal, mesmo aquele que labora em regime de plantão, faz jus ao adicional noturno quando prestar serviço entre 22h e

5h da manhã do dia seguinte, nos termos do art. 75 da Lei 8.112/90, que não estabelece qualquer restrição.

2. "É devido o adicional noturno, ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento" (Súmula 213/STF).

3. Ao examinar o art. 73 da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu, inúmeras vezes, que o adicional noturno é perfeitamente compatível com o regime de plantões.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1292335/RO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013)

Saliente-se que, no âmbito do mandado de injunção, deve ser viabilizado o pleno exercício do direito, cabendo ao Judiciário, não apenas declarar a mora legislativa, mas conferir efeitos concretos por meio de sentença normativa, admitindo-se a aplicação analógica de outras leis, sem que isso acarrete ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Sendo assim, deve ser suprida a omissão da norma com o estabelecimento das condições para o exercício do direito ao adicional noturno, conforme autoriza o artigo 8º da Lei nº 13.300/2016, observado o disposto no artigo 11 do mesmo diploma legal:

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.

Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Nesse ponto, impõe-se a aplicação, por analogia, do disposto no artigo 73 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

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.

§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.

§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.

§ 3º O acréscimo, a que se refere o presente artigo, em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho

noturno habitual, será feito, tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem.

§ 4º Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.

§ 5º Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo.

O reconhecimento da mora legislativa sobre o tema em mandados de injunção anteriores, como é o caso, dispensa a fixação de prazo para que os impetrados promovam a edição da norma regulamentadora, de acordo com o parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 13.300/2016. Deve ser, desde já, determinado o pagamento do adicional noturno pretendido pelo impetrante, no percentual mínimo de 20% pela remuneração das horas trabalhadas entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte, incidindo também sobre as horas prorrogadas, na forma do artigo 73, *caput* e §§2º e 5º, da CLT.

No tocante à pretensão de recebimento do adicional por períodos anteriores, revela-se descabido tal pleito pela via constitucional manejada. Isso porque o mandado de injunção é remédio constitucional destinado a finalidade específica, não podendo ser utilizado como sucedâneo de ação de cobrança. A pretensão de recebimento das verbas pretéritas deve ser deduzida pela via própria.

Insta destacar que tal conclusão se alinha com precedentes deste Órgão Especial, a saber:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ADICIONAL NOTURNO. INSPETOR DA POLÍCIA CIVIL. 1. Edição da Lei Estadual nº 9.414, de 23 de setembro de 2021, que autoriza o Poder Executivo a conceder adicional noturno aos servidores da Polícia Civil, que não obsta o prosseguimento deste mandamus. Como consignado pelo Desembargador Milton Fernandes de Souza, no julgamento do mandado de injunção nº 0018013-13.2021.8.19.0000, realizado em 13/12/2021, a citada Lei não possui comando impositivo, dependendo inclusive de regulamentação, se mostrando desprovida de efetividade e inviabilizando o exercício de um direito constitucional. 2. Incidência do artigo 2º da Lei 13.300/16. 3. Sobre a questão de fundo, à luz da remansosa jurisprudência deste Órgão Especial, que reconhece a lacuna legislativa e a mora do Impetrado no que tange à regulamentação do adicional noturno para os servidores públicos estaduais, deve ser aplicado ao ora Impetrante, de forma analógica, o disposto no art. 73 da CLT, que fixa o adicional noturno em 20% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre às 22h de um dia e às 5h do dia seguinte, conforme autoriza o artigo 8º, II c/c parágrafo único, da Lei 13.300/2016. 4. Deve ser observado, contudo, o disposto no artigo 11 da Lei 13.300/2016, segundo o qual, a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável. 5. Por outro lado, não assiste razão ao Impetrante quanto ao pleito de cobrança de verbas pretéritas, uma vez que o mandado de injunção tem por objeto, exclusivamente, a



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial



colmatação da norma constitucional carente de regulamentação e não a satisfação de créditos, devendo tal pretensão ser deduzida pela via própria. Precedente deste Órgão Especial. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

0066380-68.2021.8.19.0000 - MANDADO DE INJUNÇÃO - Des(a). BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 28/03/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL

Pelo exposto, voto pela concessão parcial da ordem, declarando-se a mora legislativa em relação ao impetrado e determinando-se a inclusão, nos vencimentos do impetrante, do adicional noturno correspondente a 20% sobre a hora diurna no trabalho executado entre às 22:00 horas de um dia e às 5:00 horas do dia seguinte, incidindo tal acréscimo sobre as horas prorrogadas, na forma do artigo 73 da CLT, aplicado analogicamente até que a legislação estadual discipline o tema.

Condeno o impetrado a reembolsar as custas despendidas pelo impetrante, na forma do artigo 17, § 1º, da Lei Estadual nº 3.350/1999. Sem condenação em honorários advocatícios, a teor do disposto nos artigos 14 da Lei nº 13.300/2016 e 25 da Lei nº 12.016/2009.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 2022.

Desembargadora **MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO**
Relatora

