



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 925.420 - PB (2016/0120845-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : JOSEANE GUIMARÃES SANTOS SILVA
ADVOGADO : MARCOS ANTONIO INÁCIO DA SILVA - PB004007
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SOLÂNEA
ADVOGADOS : PAULO WANDERLEY CÂMARA - PB010138
TIAGO JOSE SOUZA DA SILVA E OUTRO(S) - PB017301

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGENTE COMUNITÁRIO DA SAÚDE. PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, NOS TERMOS DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, E INDENIZAÇÃO PELA NÃO INSCRIÇÃO NO PASEP. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211 DO STJ. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 280/STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto contra decisão monocrática publicada em 09/06/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73

II. O Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à pretensão recursal – percepção de adicional de insalubridade, nos termos da Lei Orgânica Municipal, e indenização pela não inscrição no PASEP –, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, sequer implicitamente, razão pela qual não há como afastar o óbice da Súmula 211/STJ.

III. Não havendo sido apreciada a questão suscitada nas razões da Apelação, mesmo após a oposição dos Embargos Declaratórios, a parte recorrente deveria vincular a interposição do Recurso Especial à violação ao art. 535 do CPC/73 e, não, aos dispositivos apontados como violados, mas não apreciados, tal como ocorreu, na espécie. Precedentes do STJ.

IV. Deve ser mantida, portanto, a decisão ora agravada, pois, em face do CPC/73, "esta Corte não admite o prequestionamento ficto, ou seja, aquele segundo o qual, a oposição de Embargos de Declaração é suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento" (STJ, AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 23/10/2012).

V. A análise da violação à legislação local (Lei Orgânica do Município de Solânea/PB) é obstada, em Recurso Especial, por analogia, nos termos da Súmula 280/STF. No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 813.616/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2016.

VI. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 925.420 - PB (2016/0120845-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por JOSEANE GUIMARÃES SANTOS SILVA, em 30/06/2016, contra decisão de minha lavra, publicada em 09/06/2016, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto pelo JOSEANE GUIMARÃES SANTOS SILVA, em 01/10/2015, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

'REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE PAGAMENTO DE VERBAS CELETISTAS (FGTS, PIS, FÉRIAS EM DOBRO) E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SENTENÇA QUE CONDENA AO PAGAMENTO DE FERIAS INTEGRAIS, TERÇO DE FÉRIAS e 13º SALÁRIO A PARTIR DE AGOSTO 2007. CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA E AUSÊNCIA DE DOCUMENTO OBRIGATÓRIO. INOCORRÊNCIA. PROMOVENTE REGIDO PELA CLT SOMENTE QUANDO DA PUBLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 11.350/06. TRANSPOSIÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO APÓS PUBLICAÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº 015/07. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM APENAS PARA APRECIAR VERBAS DECORRENTES DO REGIME ESTATUTÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE LEI LOCAL DEFININDO O GRAU E PERCENTUAL. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

-Da leitura perfunctória do dispositivo em comento, observa-se que a não realização da audiência conciliatória fica condicionada quando não se verificam as hipóteses dos institutos elencados nas seções precedentes do Código de Processo Civil.

Ora, se o juiz sentenciante entendeu por dispensar a audiência, é porque a questão se tratava apenas de matéria de direito.

-Repita-se, é ônus do Ente Público comprovar que pagou a verba salarial ao seu servidor, devendo ser afastada a supremacia do interesse público, pois não se pode transferir o ônus de produzir prova negativa ao apelado, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade, da produção dessa prova.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Ocorre que, de acordo com as informações colhidas do caderno processual, a Autora ingressou no serviço público em agosto de 2007 (fls.16/18) e que, inicialmente, não foi contratado com base em normas celetistas (fls.13/14), mas por contrato administrativo, de forma que a contratação temporária do agente comunitário, ainda que prorrogada irregularmente, terá sempre caráter jurídico-administrativo (AgRg no CC 116.913/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 03/05/2012).

-Embora, a princípio, vislumbre-se a existência de contrato administrativo e, portanto, do caráter jurídico-administrativo da relação laboral, o fato é que, após a edição da Lei Federal no 11.350/2006, os agentes comunitários de todo o país passaram a adotar o regime celetista, exceto se houvesse lei local dispondo de forma diversa.

- Vê-se, assim, que a Autora só foi regido pela CLT no período compreendido entre 05 de outubro de 2007 (data da publicação da Lei Federal no 11.350/06) até 05 de novembro de 2007 (data da publicação da lei municipal no 015/07).

-As verbas pleiteadas (férias em dobro, PIS e FGTS) só podem ser analisadas nesse período.

Entretanto, por se tratar de época em que a Autora era regido pela CLT, e não mais por contrato administrativo – no qual se aplicam as normas de caráter jurídico-administrativo – a Justiça Comum não detém competência para apreciar a matéria neste ínterim.

-Como é sabido, inexistindo lei municipal com previsão legal de pagamento do adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde, não se pode determinar que o Ente Público arque com esta obrigação' (fls. 263/264e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, rejeitados nos seguintes termos:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CIVEL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. MERO PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

- Ausentes os pressupostos do art. 535 do CPC, não se pode emprestar efeitos modificativos nem sequer prequestionar, como bem define o Superior Tribunal de Justiça' (fl. 287e).

Sustenta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguinte:

'Resta preenchido o requisito do prequestionamento uma vez que os dispositivos constantes no art. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 e nos artigos 126 e 127 da Lei nº 5.869/1973, uma vez que em atendimento ao que dispõe a SÚMULA 356 DO STF, a parte recorrente interpôs Embargos de Prequestionamento contra o acórdão recorrido.

(...)

Apesar do TJPB ter entendido de não haver previsão legal para o pagamento da insalubridade, a referida rubrica se encontra disciplinada na Lei Orgânica do município de Solânea/PB prevê em seu art. 71 o que segue:

Art. 71 - São direitos dos servidores públicos:

(...)

XI - Adicional de remuneração para as atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

(...)

Como se vê, lei municipal determina o pagamento do adicional de insalubridade os servidores municipais. E, como se sabe, a lei municipal mencionada não possui eficácia limitada ou contida, pois essa classificação doutrinária além de ter sido criada para normas constitucionais, não é mais utilizada pela doutrina moderna.

Na realidade, no presente caso, existe norma municipal garantindo o direito ao adicional de insalubridade, o que falta é a mera regulamentação de quem que percentuais será pago tal rubrica.

Defende-se que, em observância as regras contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, vejamos:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ademais, vejamos o que dispõe Código de Processo Civil sobre o tema:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 10.1.0.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

As normas acima prevêm que o direito não pode ser negado por ausência de norma legal específica ou, mesmo existindo, sendo esta omissa, cumprirá ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Como se vê, no presente caso existe lei municipal prevendo o direito alegado, somente se omite a lei mencionada nos percentuais a serem aplicados.

O que a parte autora pugna ao douto juízo é a aplicação da interpretação analógica à outras normas jurídicas como um todo, mas somente em caso de lacuna da lei específica local.

Então, repita-se. não há como deixar à margem d'o tratamento jurídico os servidores que trabalham em condições insalubres simplesmente porque não há norma específica local regulando a matéria.

Essa é a idéia argumentada pela parte, devendo ser aplicada de forma subsidiária a regra geral, em interpretação analógica. Tudo para que seja dada eficácia ao disposto em nossa Carta Maior.

(...)

Logo, percebe-se que a parte demandante tem o devido direito de receber os valores devidos ao adicional de insalubridade com a aplicação analógica da NR 15 do MTE, pois existe legislação municipal garantindo o direito ao adicional de insalubridade, devendo ser aplicada esta norma regulamentadora sob pena de se negar aplicação de normas federais art. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 e nos artigos 126 e 127 da Lei nº 5.869/1973.

(...)' (fls. 292/299e).

Requer, ao final, 'se digne em receber o presente Recurso, nas formalidades de estilo, para que se reforme o julgado condenando o promovido ao pagamento dos adicionais de insalubridade no percentual de 20% (grau médio), em obediência ao art. 71, XI, da Lei Orgânica Municipal de Solânea/PE, com aplicação analógica da NR 15 do MTE, devendo esta incidir nas demais verbas como nas férias, terço constitucional de férias, gratificação natalina e contribuições previdenciárias, além de determinar o pagamento de indenização compensatória pela não inscrição da parte recorrente no PASEP em obediência à Lei nº 7.859/1989 e, ao final, ser julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

totalmente procedente o pedido formulado na Exordial, tudo por ser de inteira e da mais lidima Justiça' (fl. 299e).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 318e).

Negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 334/337e), foi interposto o presente Agravo (fls. 340/346e).

Não foi apresentada contraminuta (fl. 352e).

A irresignação não merece acolhimento.

Com efeito, observa-se que os dispositivos legais, apontados como malferidos, não foram apreciados pela instância ordinária, sequer implicitamente, embora a parte recorrente tenha oposto Embargos de Declaração, para fins de prequestionamento. Incide, assim, o óbice da Súmula 211 deste Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto.

Acrescente-se que, se a parte recorrente entendesse persistir algum vício no acórdão impugnado, imprescindível a alegação de violação ao art. 535 do CPC, por ocasião da interposição do Recurso Especial, sob pena de incidir no intransponível óbice da ausência de prequestionamento.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 92 DO CC E 97 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FALTA DE INDICAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. No contexto dos autos, competia à agravante pontuar contrariedade ou negativa de vigência ao art. 535, I e II, do CPC, a fim de que, se provido, o Tribunal a quo interpretasse e aplicasse os referidos artigos tidos como violados.

3. Agravo Regimental não provido' (STJ, AgRg no REsp 1.240.227/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/05/2011).

Ademais, como se não bastasse, a modificação do acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vergastado demanda a análise da interpretação de lei local, o que não se admite ante o óbice da Súmula 280/STF.

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, II, **a** do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial" (fls. 397/401e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"A decisão monocrática ora agravada sustenta violação à Súmula 211 do STJ, todavia verifica-se imperfeição na decisão agravada, pois, como se vê nos presentes autos, desde a inicial, foi debatida a matéria referente ao direito material defendido na presente via especial.

Deve-se destacar que, ainda que o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte tenha sido omissivo na análise da matéria infraconstitucional violada, resta prequestionada a matéria em atendimento ao que dispõe a SÚMULA 356 DO STF, pelo fato de a parte recorrente ter interposto Embargos de Prequestionamento contra o acórdão recorrido.

Com efeito, verifica-se que a parte recorrente tomou nas providências para que houvesse o prequestionamento expresso no TJRN sobre a matéria federal violada, para que, como já mencionado no apelo e demais recursos do autor no curso da presente demanda, seja reconhecido desrespeito ao que é disciplinado nos arts. 4º e 5º do Decreto Lei nº.: 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) e arts. 126º e 127º da Lei nº.: 5.869/73 (Código de Processo Civil) e garantido o direito da parte postulante ao recebimento do adicional de insalubridade.

Assim sendo, nota-se que não fundamenta para a manutenção da decisão ora agravada, pois não há violação à Súmula 211 do STJ no caso sob análise.

A decisão monocrática ora agravada negou provimento ao recurso com base em suposta violação à Súmula 280 do STF. Todavia, verifica-se que não há condições de sustento, pois, como se vê nos presentes autos, desde a inicial busca-se o direito garantido na Constituição Federal e em diversas leis federais.

Desta forma, o que se objetiva com o presente recurso é que seja garantido à autora o direito ao recebimento do adicional de insalubridade, uma vez que ficou como um ponto incontroverso da lide o fato da exposição da autora a agentes nocivos à saúde, de que a administração não cumpre tal obrigação e o provimento do presente recurso importa em reafirmação do conteúdo da lei, do princípio da legalidade e que não aceitar os termos dos recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importa em denegação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, do acesso à justiça e perpetração de supressão de instância, já que o objeto do recurso diz respeito à incolumidade da lei federal. Como se vê, o recurso em debate preencheu todos os requisitos necessários para o seu prosseguimento, devendo ser afastada a decisão agravada por ser medida de direito e justiça. (...)" (fls. 407/408e).

Por fim, requer "a esta douta relatoria que se digne em proceder ao juízo de admissibilidade, conhecendo deste Agravo, nas formalidades de estilo, para então, caso possível, que Vossa Excelência se digne em proceder ao juízo de retratação, como faculta o art. 1021, §2º do NCPC, ou caso contrário, se digne em determinar a sua inclusão em pauta para julgamento pelo Colegiado, que, ao final, deverá julgar procedente o pleito para reformar a decisão objurgada, dando seguimento ao Recurso Especial, devendo o mesmo, ao final também ser julgado procedente com a cassação do acórdão de lavra do TJPB, segundo as razões recursais já apresentadas" (fl. 408e).

Intimada (fl. 409e), a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para manifestação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 925.420 - PB (2016/0120845-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Sem razão a parte agravante.

Na origem, trata-se de demanda proposta por Sandra Maria Cabral dos Santos Silva em face do Município de Solânea/PB, almejando: a) assinatura e baixa na CTPS da autora, observando a data de admissão e a data da instituição do regime jurídico único, com os devidos recolhimentos previdenciários; b) depósito de FGTS do período laboral; c) pagamento de férias, acrescidas de 1/3, de forma dobrada, integral e proporcional, observada a prescrição quinquenal; d) pagamento de 13º salários, respeitada a prescrição quinquenal; e) indenização compensatória pelo não cadastramento e não recolhimento do PIS; f) pagamento de adicional de insalubridade, no percentual de 40% sobre o salário-base do autor, com reflexos em 13º salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS e PIS; g) liberação do FGTS, mediante alvará.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, para condenar o Município demandado a pagar, à parte autora, os valores decorrentes de férias não gozadas (acrescidas do terço constitucional), bem como as parcelas não pagas, pelo Município, a título de décimo-terceiro salário, com incidência a partir de agosto de 2007, respeitada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros e correção monetária, em total a ser apurado na época da efetiva liquidação.

A autora apelou, objetivando o pagamento do adicional de insalubridade e seus reflexos no 13º salário e férias, como também indenização compensatória pelo não recolhimento do PIS/PASEP, com os acréscimos legais.

O Tribunal local, por sua vez, negou provimento ao apelo, forte nas seguintes premissas:

"(...) de acordo com as informações colhidas do caderno processual, a Autora ingressou no serviço público em agosto de 2007 (fls.16/18) e que, inicialmente, não foi contratada com base em normas celetistas (fls.13/14), mas por contrato administrativo, de forma que a contratação temporária do agente comunitário, ainda que prorrogada irregularmente, terá sempre caráter jurídico-administrativo (AgRg no CC 116.9131SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, OJe 03/05/2012).

(...)

No caso em tela, existe uma particularidade. Embora, a princípio, vislumbre-se a existência de contrato administrativo e, portanto, do caráter jurídico-administrativo da relação laboral, o fato é que, após a edição da Lei Federal nº 11.350/2006, os agentes comunitários de todo o país passaram a adotar o regime celetista, exceto se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

houvesse lei local dispondo de forma diversa.

(...)

Se o agente comunitário foi admitido no serviço público por meio de contrato administrativo, ainda que ocorra a prorrogação irregular do mesmo, aplicam-se as regras vigentes para os servidores sob regime jurídico- administrativo.

Todavia, como é sabido, após a publicação da Lei Federal no 11.350/06, os agentes comunitários passaram a ser regidos pela CLT, exceto se já existisse lei local dispondo de forma diversa. Portanto, só tem direito às verbas trabalhistas depois que a lei federal entrou em vigor e desde que não exista lei municipal em sentido contrário. Vale salientar que, sendo editada lei local dispondo que o regime aplicável ao agente comunitário é o estatutário, ocorre a transposição de regime, deixando de prevalecer as regras celetistas. No caso, a Promovente, mesmo tendo sido admitida por meio de contrato com a Administração, por, força da Lei Federal no 11.350/06, passou a ser regida pela CLT. Depois, como o Município editou lei que tornou os agentes comunitários servidores efetivos, houve a transposição de regime, vigorando, a partir de então, o regime estatutário.

Assim, observam-se três marcos:

- Em 05 de outubro de 2006 foi publicada a Lei Federal no 11.350/06 que dispôs que os agentes comunitários passariam a ser regidos 'pela CLT até que lei local dispusesse de forma diversa;
- Ela foi admitida como agente de combate às endemias em 01 de agosto de 2007 (fís. 16/18) e, apesar de ter sido uma contratação administrativa, ganhou caráter Celetista, por força da Lei Federal no 11.350/06.
- Em 05 de novembro de 2007, foi publicada a Lei Municipal no 015/2007, conforme anotação às fís. 14, passando o servidor a ser estatutário.

Pois bem. Vê-se, assim, que a Autora só foi regido pela CLT no período compreendido entre 1º de agosto de 2007, pois já se encontrava sob égide da Lei Federal no 11.350/06, até 05 de novembro de 2007 (data da publicação da lei municipal no 015/07).

As verbas pleiteadas (férias em dobro, PIS e FGTS) só podem ser analisadas nesse período. Entretanto, por se tratar de época em que a Autora era regida pela CLT, a Justiça Comum não detém competência para apreciar a matéria neste íterim.

(...)

Por fim, no que se refere ao pedido de pagamento do adicional de insalubridade, agiu com acerto o magistrado ao julgar improcedente o pedido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É pacífico, nesta Corte de Justiça, que sem lei local específica, não há que se falar em direito ao recebimento de adicional de insalubridade.

(...)

A ausência de lei específica definindo os graus e os percentuais do adicional de insalubridade desobriga o Município do pagamento.

(...) (fls. 271/274e).

Foram opostos Embargos de Declaração, provocando o prequestionamento "acerca da aplicabilidade das normas federais postas nos arts. 4º e 5º do Dec-Lei nº 4.657, de 1942, e arts. 126º e 127º da Lei nº 5.869, de 1973, e Lei Orgânica Municipal, art. 71" (fl. 282e).

Os Declaratórios foram rejeitados (fls. 286/289e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com fundamento nas alíneas **a, b e c**, do permissivo constitucional, apontou-se ofensa aos arts. 4º e 5º do Decreto-lei 4.657/42, aos arts. 126 e 127 do CPC/73 e à Lei 7.859/89. Alegou, para tanto, a parte recorrente que:

"Apesar do TJPB ter entendido de não haver previsão legal para o pagamento da insalubridade, a referida rubrica se encontra disciplinada na Lei Orgânica do município de Solânea/PB prevê em seu art. 71 o que segue:

Art. 71 - São direitos dos servidores públicos:

(...)

XI - Adicional de remuneração para as atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

(...)

Como se vê, lei municipal determina o pagamento do adicional de insalubridade os servidores municipais. E, como se sabe, a lei municipal mencionada não possui eficácia limitada ou contida, pois essa classificação doutrinária além de ter sido criada para normas constitucionais, não é mais utilizada pela doutrina moderna.

Na realidade, no presente caso, existe norma municipal garantindo o direito ao adicional de insalubridade, o que falta é a mera regulamentação de quem que percentuais será pago tal rubrica.

Defende-se que, em observância as regras contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, vejamos:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ademais, vejamos o que dispõe Código de Processo Civil sobre o tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 10.1.0.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

As normas acima prevêm que o direito não pode ser negado por ausência de norma legal específica ou, mesmo existindo, sendo esta omissa, cumprirá ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Como se vê, no presente caso existe lei municipal prevendo o direito alegado, somente se omite a lei mencionada nos percentuais a serem aplicados.

O que a parte autora pugna ao douto juízo é a aplicação da interpretação analógica à outras normas jurídicas como um todo, mas somente em caso de lacuna da lei específica local.

Então, repita-se. não há como deixar à margem d'o tratamento jurídico os servidores que trabalham em condições insalubres simplesmente porque não há norma específica local regulando a matéria.

Essa é a idéia argumentada pela parte, devendo ser aplicada de forma subsidiária a regra geral, em interpretação analógica. Tudo para que seja dada eficácia ao disposto em nossa Carta Maior.

(...)

Logo, percebe-se que a parte demandante tem o devido direito de receber os valores devidos ao adicional de insalubridade com a aplicação analógica da NR 15 do MTE, pois existe legislação municipal garantindo o direito ao adicional de insalubridade, devendo ser aplicada esta norma regulamentadora sob pena de se negar aplicação de normas federais art. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 e nos artigos 126 e 127 da Lei nº 5.869/1973.

(...)

Assim sendo, tal ponto da decisão merece melhor análise, pois, sabendo que o direito da parte autora está garantido na Lei Federal nº 7859/89 e que a edilidade ré não procedeu com a inscrição e consequente recolhimento do PASEP em favor da parte autora, está demonstrando cabalmente a ilicitude de seu ato, inibindo a parte postulante em exercer seu direito de usufruir das vantagens pecuniárias do referido programa, é devida indenização compensatória conforme entendimento do TJPE.

(...)

Portanto, conforme resta evidenciado, a parte autora possui direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao recebimento de indenização compensatória pela não inscrição/recolhimento do PASEP em favor da agravante, devendo tal direito ser garantido pela prestação jurisdicional" (fls. 295/299e).

Requeru, ao final, "que esta colenda corte revisora se digne em receber o presente Recurso, nas formalidades de estilo, para que se reforme o julgado condenando o promovido ao pagamento dos adicionais de insalubridade no percentual de 20% (grau médio), em obediência ao art. 71, XI, da Lei Orgânica Municipal de Solânea/PB, com aplicação analógica da NIR 15 do MTE, devendo esta incidir nas demais verbas como nas férias, terço constitucional de férias, gratificação natalina e contribuições previdenciárias, além de determinar o pagamento de indenização compensatória pela não inscrição da parte recorrente no PASEP em obediência à Lei nº 7.859/89" (fl. 299e).

Sem razão, contudo, tal como constou da decisão ora combatida.

Quanto ao cerne do inconformismo recursal – pagamento do adicional de insalubridade, tal como previsto no art. 71, XI, da Lei Orgânica Municipal de Solânea/PB, e indenização pela não inscrição no PASEP –, o Recurso Especial não ultrapassa o exame da admissibilidade, ante o óbice da Súmula 211 do STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*").

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva o exame da questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada como violada, bem como seja exercido **juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada**, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.

Nesse contexto, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que, não obstante a manifestação expressa do Tribunal quanto à improcedência do pedido, a tese recursal, tal como colocada, não foi apreciada, pela Corte de origem, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal **a quo**. A propósito, a reiterada jurisprudência desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 24 ANOS DE IDADE. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280/STF. DISPOSITIVOS DA LEI N. 8.213/91 NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados. Entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a tese tenha sido discutida, mesmo que suscitada em embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 211/STJ.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 726.546/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/11/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ.

(...)

3. Incide a Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte *a quo*.

4. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

5. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 750.119/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 03/11/2015).

Assim, embora a parte ora recorrente tenha oposto Embargos de Declaração, ainda que para fins de prequestionamento, o Tribunal *a quo* não decidiu tal questão, incidindo, nesse passo, o óbice da Súmula 211 deste Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se, ainda, por oportuno, que a exigência de prequestionamento encontra respaldo no próprio permissivo constitucional:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em Recurso Especial, as **causas decididas**, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) **der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal**".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale, a propósito, conferir a lição de NELSON NERY JÚNIOR, no sentido de que "(...) a locução causas decididas, autoriza a exigência do denominado prequestionamento da questão constitucional ou federal, exigência feita nos verbetes ns. 282 e 356 da Súmula da jurisprudência predominante no STF, aplicáveis ao RE e também ao REsp. A questão objeto dos recursos deve ter sido decidida pelo órgão judicial inferior, sem o que não se terá cumprido o requisito constitucional para a admissibilidade desses recursos" (*in* Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, 5ª edição, RT, p. 252).

Desse modo, não havendo sido apreciada a questão suscitada nas razões da Apelação, mesmo após a oposição dos Embargos Declaratórios, a parte recorrente deveria vincular a interposição do Recurso Especial à violação do art. 535 do CPC/73 e, não, ao dispositivo tido como violado, mas não apreciado.

Não é outro o entendimento que se recolhe na doutrina, valendo, anotar, mais uma vez, NELSON NERY JÚNIOR, que reforça a conclusão de que: "Quando, nada obstante tenham sido interpostos embargos de declaração prequestionadores (STF 282 e 356), ainda persistir a omissão do tribunal, não cabe o RE e/ou REsp por ofensa àquele preceito que o recorrente invocara e que continua objeto da omissão do tribunal. Sobre esse preceito, pois, não ocorreu 'decisão' e não pode essa matéria ser objeto nem de RE nem de REsp. (...) Verificada e mantida essa omissão pelo tribunal *a quo*, mesmo depois de haverem sido interpostos e rejeitados embargos de declaração prequestionadores, contra esse acórdão cabe REsp por ofensa ao art. 535 do CPC" (*in* Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, 5ª edição, RT, p. 253).

A propósito do tema, os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. INSURGÊNCIA CONTRA ACORDO JUDICIAL DEVIDAMENTE HOMOLOGADO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 503 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que a parte deve vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento.

2. 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 211).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.167.295/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 1º/12/2010).

"RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

(...)

2. **Nos casos em que o tribunal de 2ª instância se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão.**

3. **'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.'**(Súmula 211 do STJ).

4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no Ag 461.406/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 24/02/2003).

Registre-se, outrossim, que o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. Desse modo, incide a jurisprudência desta Corte, firmada na época, no sentido de que "não se admite o prequestionamento ficto, ou seja, aquele segundo o qual, a oposição de Embargos de Declaração é suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento" (STJ, AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 23/10/2012).

Ademais, tal como constou da decisão ora combatida, a pretensão recursal, nos termos em que posta, esbarra em óbice formal inarredável, contido na Súmula 280/STF.

No mesmo sentido, a propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA LOCAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SOLÂNEA. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. O acórdão recorrido consignou que 'In casu, não restou comprovada a existência de lei específica e, portanto, não há previsão, nem definição dos graus e dos percentuais que permitam a concessão do adicional de insalubridade ao Apelado, desobrigando o Município do pagamento'.

2. **As razões do recurso sustentam que, apesar de o acórdão**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido ter entendido não haver previsão legal para o pagamento da insalubridade, a referida rubrica se encontra disciplinada na Lei Orgânica do município de Solânea/PB em seu art. 71.

3. A análise da violação da legislação estadual (Lei Orgânica do município de Solânea/PB) é obstada em Recurso Especial, por analogia, nos termos da Súmula 280/STF: 'Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário.'

4. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 813.616/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2016).

Ante todo o exposto, nego provimento ao Agravo interno.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0120845-3

AgInt no
AREsp 925.420 / PB

Números Origem: 00007397120118150461 04620110007393 7397120118150461

PAUTA: 17/11/2016

JULGADO: 17/11/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : JOSEANE GUIMARÃES SANTOS SILVA
ADVOGADO : MARCOS ANTONIO INÁCIO DA SILVA - PB004007
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SOLÂNEA
ADVOGADOS : PAULO WANDERLEY CÂMARA - PB010138
TIAGO JOSE SOUZA DA SILVA E OUTRO(S) - PB017301

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Sistema Remuneratório e Benefícios - Gratificação Natalina/13º salário

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOSEANE GUIMARÃES SANTOS SILVA
ADVOGADO : MARCOS ANTONIO INÁCIO DA SILVA - PB004007
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SOLÂNEA
ADVOGADOS : PAULO WANDERLEY CÂMARA - PB010138
TIAGO JOSE SOUZA DA SILVA E OUTRO(S) - PB017301

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.