

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 0015201-95.2021.8.19.0000
IMPETRANTE: MAURÉLIO COSTA LEITE JUNIOR
IMPETRADO: EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

“MANDADO DE INJUNÇÃO. *Writ* em que objetiva o impetrante, Inspetor 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 capítulo dos direitos sociais, e que até hoje não foi normatizada pelo legislador estadual. Adicional noturno que deve ser concedido ao 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. Absorção aos vencimentos do inspetor da gratificação criada pelo Decreto 37.909/2005, na forma do artigo 3º da Lei 5.348/2008, que não constitui óbice à implementação do adicional noturno, porquanto se revela inconstitucional a simples supressão de todos os direitos sociais através da aglutinação de sua expressão econômica em uma importância única, mormente em se tratando uma verba *pro labore faciendo*, incapaz de remunerar os diversos ocupantes do cargo de acordo com as condições de efetivo exercício de suas funções. 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.”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Mandado de Injunção nº 0015201-95.2021.8.19.0000, em que é impetrante **MAURÉLIO COSTA LEITE JUNIOR** e impetrado **EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça



do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder a ordem, em parte, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2021.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ÓRGÃO ESPECIAL
MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 0015201-95.2021.8.19.0000
IMPETRANTE: MAURÉLIO COSTA LEITE JUNIOR
IMPETRADO: EXMO SR GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO
RELATORA: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR**

RELATÓRIO E VOTO.

Trata-se de Mandado de Injunção em que objetiva o impetrante, Inspetor 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.

Aduz o impetrante (fls. 2/20), em apertada síntese, ser servidor lotado na 153ª Delegacia Policial (Cantagalo), com carga horária de 40h (quarenta horas), sendo que realiza parte do trabalho em horário noturno, especificamente em plantões semanais de 24h, chegando a trabalhar 48h (quarenta e oito horas), ou seja, dois dias seguidos, isso quando a jornada não se estende por conta de flagrantes ou ocorrências de grande vulto.

Argumenta não receber nenhum valor a mais pela realização do trabalho em horário noturno, o que entende contrariar a legislação em vigor, pois inobstante trabalhar dois dias seguidos, sem descanso, recebe o mesmo salário de um funcionário com o mesmo cargo, mas que trabalhe em regime de expediente em dias úteis.

Salienta objetivar o mandado de injunção conferir aplicabilidade às regras constitucionais que dependam de regulamentação, tendo lugar sempre que houver ausência, ainda que parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direito constitucionalmente assegurado, no caso a concessão do adicional noturno, com amparo no art. 5º, LXXI, da CF e no art. 2º da Lei nº 13.300/16.

Assinala ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a remuneração do trabalho noturno superior a do diurno, inclusive para os servidores públicos, a teor do disposto nos arts. 7º, IX e 39, §3º, da CF/88 e do art. 83, V, da CERJ, não havendo a necessidade de regulamentação prevista no art. 7º da Carta Magna, uma vez que a remuneração

diferenciada do trabalho noturno é norma de aplicação imediata, por força do art. 5º, §1º, da CF/88.

Ressalta prever a própria CERJ, em seu art. 368, ser possível a aplicação por analogia da norma constitucional ou de outra lei federal ao caso concreto, em que se verifica a omissão e/ou inexistência de lei estadual àquele determinado assunto, no caso o art. 75 da Lei nº 8.112/90, e que se alinha, em parte, com a norma prevista no Decreto Estadual nº 2.479/79 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis), que prevê em seu art. 161, §1º, a gratificação pela prestação de serviço extraordinário, inclusive quando realizado no período noturno.

Destaca fazer jus ao referido adicional, sob pena de enriquecimento sem causa do impetrado, que continua a pagar para o impetrante remuneração noturna igual à diurna, em vulneração ao art. 83, V, da CERJ e ao art. 7º, X, da CF, há mais de 20 (vinte) anos, o que não pode ser tolerado.

Frisa não depender a concessão do adicional noturno de prévia dotação orçamentária, caso seja deferido em sentença judicial, a teor do art. 22, p. único, I, da LC nº 101/2000, e que não se confunde com o óbice da Súmula nº 339 do STF.

Assevera não haver impedimento ao recebimento de adicional noturno aos servidores que trabalhem em regime de plantão, pois o entendimento jurisprudencial é que o adicional é devido em razão do maior desgaste do trabalho noturno, não existindo qualquer distinção com relação à escala de trabalho.

Acrescenta dispor o verbete nº 213 da Súmula do STF ser também devido o pagamento do adicional aos funcionários que laborem em regime de revezamento, como o caso do impetrante.

Tece considerações sobre o cálculo das horas noturnas laboradas, sustentando dever corresponder a hora ficta a 52 min e 30 seg, sendo que no dia em que o servidor laborar em horário noturno e estender sua jornada além das 5:00h, deve ter direito ao adicional noturno, inclusive entre tal horário das 5:00h até o horário efetivamente trabalhado, ou seja, deverá o impetrado pagar o adicional noturno a partir das 5:00h até o fim jornada, com lastro na Súmula nº 60 do TST.

Requer a intimação do impetrado para juntar aos autos, no prazo de 30 (trinta) dias as escalas de serviços do impetrante, referente aos últimos 5 (cinco) anos, para confirmar o exercício de trabalho em período noturno, sob pena de aplicação do art. 400 do CPC, com fixação de multa.

Invoca julgados que entende favoráveis à tese sustentada e pede, por fim, a concessão da ordem, para declarar a omissão legislativa e viabilizar ao impetrante a percepção do adicional noturno, a ser calculado em 25% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre 22 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte, mediante a aplicação por analogia do art. 75 da Lei 8.112/90 e do §1º, do art. 161, do Decreto-Lei nº 2.479/79, com acréscimo de eventuais horas prorrogadas até o fim da jornada de trabalho, nos termos da Súmula 60 do TST, ou, subsidiariamente, seja concedido o 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 art. 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, com a condenação do impetrado, ainda, a juntar suas escalas de serviços referentes aos últimos 5 anos, e a continuar procedendo o pagamento ao impetrante, enquanto perdurar o efetivo exercício da carga horária em horário noturno, sob pena de multa para o caso de descumprimento, e ao pagamento das custas.

Às fls. 32/43, sobrevieram as informações do Exmo Sr Governador do Estado do Rio de Janeiro, pugnando pela denegação da pretensão da impetrante.

A Procuradoria Geral do Estado manifestou-se a fls. 45/49, arguindo a preliminar de falta de interesse de agir, e, no mérito, pugnando pelo desprovimento do *writ*.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou a fls. 52/66, pela concessão da injunção.

É O RELATÓRIO.

VOTO.

Inicialmente, tem-se que a preliminar de ausência de interesse de agir, invocada pela Procuradoria Geral do Estado em sua impugnação,

por se confundir com o mérito do presente *mandamus*, com este será analisada.

No mais, dispõe o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, que 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.

Por sua vez, o art. 2º da Lei nº 13.300/16, que disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção, estabelece que 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.

O mandado de injunção é assim, 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.

Na espécie, persegue o autor, servidor público estadual ocupante do cargo de Inspetor da Polícia Civil, o reconhecimento da omissão do Exmo Sr. Governador quanto à regulamentação da norma contida no art. 7º, IX e art. 39, §3º, da Constituição Federal, que preveem a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, ou seja, a concessão de adicional noturno.

Com efeito, a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 670, tem-se que 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.

Cinge-se, pois, a controvérsia, em aferir a existência de omissão quanto à regulamentação do adicional noturno pelo legislador estadual.

Tem-se que a remuneração do trabalho noturno superior ao do diurno 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, *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.”

De seu turno, tais normas se encontram reproduzidas no art. 83, V, da Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“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;

Nesse contexto, observa-se que a remuneração por adicional noturno constitui uma garantia individual, inserida na Constituição Federal, especificamente no capítulo dos direitos sociais, bem como na Constituição do Estado, e que até hoje não foi normatizada pelo legislador estadual.

Nessa toada, colhe-se dos ensinamentos do Exmo Min. Alexandre de Moraes (*in* Direito Constitucional. 24ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 195), que:

"Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira,

'a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade' (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição... Op. Cit. P. 285).

O trabalhador subordinado será, para efeitos constitucionais de proteção do art. 7º, o empregado, ou seja, aquele que mantiver algum vínculo de emprego.

Por ausência de um conceito constitucional de trabalhador, para determinação dos beneficiários dos direitos sociais constitucionais, devemos nos socorrer ao conceito infraconstitucional do termo, considerando para efeitos constitucionais o trabalhador subordinado, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção da autoridade de outrem, pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública, adaptando-o, porém, ao texto constitucional (...)"

E prossegue o Exmo Min. Alexandre de Moraes a fls. 196 do mesmo livro, que:

"Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. Como conclui Arnaldo Süssekind,

'essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, atinente ao

trabalhador, que é intenso na formação e no curso da relação de emprego e que se não confunde com a transação, quando há *res dubia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho.' (SÜSSEKIND, Arnaldo. Comentários... Op. Cit. V 1, p. 332).

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista no §1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente inviabilize seu exercício."

Dessa forma, em se tratando 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, o adicional noturno deve ser concedido ao ora impetrante.

Por sua vez, em que pese o disposto no art. 144, §9º c/c o art. 39, §4º, da CF/88, vedando o acréscimo de qualquer gratificação ou adicional às polícias civis, é de se destacar já ter o E. Supremo Tribunal Federal fixado no Recurso Extraordinário nº 970.823, sob o regime da repercussão geral, a seguinte tese de julgamento, também aplicável na espécie:

"I - A Constituição Federal não prevê adicional noturno aos Militares Estaduais ou Distritais.

II - Mandado de Injunção será cabível para que se apliquem, aos militares estaduais, as normas que regulamentam o adicional noturno dos servidores públicos civis, desde que o direito a tal parcela remuneratória esteja expressamente previsto na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica do Distrito Federal."

Assim, considerando haver previsão expressa no art. 83, V, da Carta Magna Estadual, de remuneração do trabalho noturno superior à do 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.

É de ressaltar, ainda, que a ausência de iniciativa legislativa não tem o condão de constituir óbice à incidência imediata das normas protetoras dos direitos fundamentais, cujo exercício não se pode subordinar aos intrincados meandros da discricionariedade administrativa dos governantes.

Por outro lado, é de ser afastada a alegação de ausência de interesse de agir, eis que o fato de o trabalho do impetrante ser exercido em regime de plantão não afasta o direito ao adicional noturno, pois a razão de existir da norma é indenizar o trabalhador noturno pelo maior desgaste que sofre em relação ao horário diferenciado que se encontra trabalhando, e neste contexto afigura-se indiferente a quantidade de horas de intervalo para descanso do plantão.

Neste diapasão, o Enunciado nº 213 da Súmula do STF:

“É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento.”

Por sua vez, dispõe o art. 8º da Lei nº 13.300/16, que:

“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.”

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, consoante se vê dos arestos abaixo ementados:

"Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Servidor público estadual que ocupa o cargo de Técnico de Enfermagem. Ausência de normatização do direito ao adicional noturno pelo Chefe do Poder Executivo. Pretensão de provimento jurisdicional que assegure ao impetrante o exercício do direito. Cabimento. A Constituição da República assegura aos trabalhadores remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, de acordo com o art. 7º, IX e art. 39, §3º da CR e artigos 39 e 83, V da Constituição Estadual. A partir do julgamento do mandado de injunção nº 670, a jurisprudência do Pretório Excelso evoluiu sobre o tema e 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 Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional conferida pela Constituição de apreciar qualquer lesão e ameaça a direito que lhe for apresentada, assegurar o efetivo exercício da prerrogativa constitucional carente de normatização, e não apenas declarar a mora legislativa. "Diante da lacuna legislativa e da mora do impetrado no que tange à regulamentação do adicional noturno para os servidores públicos estaduais, técnicos e auxiliares de enfermagem, 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." (extraído do parecer ministerial). O fato de o trabalho do servidor público estadual ser exercido em regime de plantão não afasta o direito ao adicional noturno, devido em virtude do maior desgaste sofrido no respectivo período. Precedentes deste Órgão Julgador sobre o tema: Mandados de Injunção nº 0024152-54.2016.8.19.0000; 0047264-33.2008.8.19.0000 (2008.046.00003) e 0062421-36.2014.8.19.0000. Concessão da ordem para declarar a omissão legislativa e viabilizar, em concreto, o exercício do direito constitucional do servidor.

(MI 0047307-81.2019.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Órgão Especial, Julgamento: 25/01/2021)



"Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Servidor público estadual que ocupa o cargo de Técnico de Enfermagem. Ausência de normatização do direito ao adicional noturno pelo Chefe do Poder Executivo. Pretensão de provimento jurisdicional que assegure ao impetrante o exercício do direito. Cabimento. A Constituição da República assegura aos trabalhadores remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, de acordo com o art. 7º, IX e art. 39, §3º da CR e artigos 39 e 83, V da Constituição Estadual. A partir do julgamento do mandado de injunção nº 670, a jurisprudência do Pretório Excelso evoluiu sobre o tema e 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 Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional conferida pela Constituição de apreciar qualquer lesão e ameaça a direito que lhe for apresentada, assegurar o efetivo exercício da prerrogativa constitucional carente de normatização, e não apenas declarar a mora legislativa. "Diante da lacuna legislativa e da mora do impetrado no que tange à regulamentação do adicional noturno para os servidores públicos estaduais, técnicos e auxiliares de enfermagem, 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." (extraído do parecer ministerial). O fato de o trabalho do servidor público estadual ser exercido em regime de plantão não afasta o direito ao adicional noturno, devido em virtude do maior desgaste sofrido no respectivo período. Precedentes deste Órgão Julgador sobre o tema: Mandados de Injunção nº 0024152-54.2016.8.19.0000; 0047264-33.2008.8.19.0000 (2008.046.00003) e 0062421-36.2014.8.19.0000. Concessão da ordem para declarar a omissão legislativa e viabilizar, em concreto, o exercício do direito constitucional do servidor."

(MI 0039303-26.2017.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Órgão Especial, Julgamento: 12/03/2018)

"MANDADO DE INJUNÇÃO INDIVIDUAL. TÉCNICA DE ENFERMAGEM. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI 4.599/2005. ADICIONAL NOTURNO. OMISSÃO



LEGISLATIVA NA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO. 1. Trata-se de mandado de injunção individual ajuizado por técnica de enfermagem contratada temporariamente pela Administração Pública Estadual nos moldes da Lei Estadual nº 4.599/2005. Alega a impetrante omissão legislativa quanto ao direito de adicional noturno, previsto nos artigos 7º, IX e 39, § 3º, da Constituição Federal, e artigos 39 e 83, V, da Constituição Estadual. Pede a declaração da omissão e a condenação do impetrado ao pagamento do adicional no período de 01/04/2011 a 14/03/2014. 2. Mandado de injunção que constitui remédio constitucional destinado a permitir o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição cuja norma, de eficácia limitada, não se encontra regulamentada (total ou parcialmente) pelo legislador infraconstitucional. Omissão do legislador estadual em regulamentar o adicional noturno (direito social - fundamental do homem), direito este que deve ser estendido a todos os trabalhadores, independentemente do regime jurídico ao qual se encontram submetidos ou da existência de previsão contratual ou infraconstitucional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Trabalho sob regime de plantão que não afasta a percepção do adicional noturno, já que a previsão deste direito é unicamente de remunerar o trabalhador noturno pelo maior desgaste sofrido em relação ao trabalhador diurno, independentemente da escala de trabalho. Precedentes das Cortes Superiores. 4. Rejeição da tese defensiva de que a presente demanda deveria se limitar a declarar a omissão legislativa, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Supremo Tribunal Federal que vem adotando a chamada teoria concretista, segundo a qual ao reconhecer a omissão o Poder Judiciário pode editar a norma ou determinar a aplicação de norma já existente análoga, viabilizando o exercício do direito. Lei 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção, que positivou esse entendimento em seu art. 8º. Possibilidade de supressão da lacuna que busca superar a chamada "síndrome da inefetividade das normas constitucionais", como é conhecido o esvaziamento de direitos constitucionalmente em virtude da falta de norma regulamentadora. 5. Descabida a condenação do impetrado ao pagamento de verbas pretéritas. Mandado de injunção que, nos mesmos moldes do mandado de segurança, não é sucedâneo de ação de cobrança, devendo tal pretensão ser deduzida pela via própria. 6. Aplicação analógica do art. 73

da Consolidação das Leis Trabalhistas. Julgados análogos aos autos por este Egrégio Órgão Especial: Mandados de Injunção nº 0047264-33.2008.8.19.0000 (2008.046.00003) e nº 0062421-36.2014.8.19.0000. Declaração da omissão legislativa e viabilização, à impetrante, do exercício do direito constitucional à percepção de adicional noturno, calculado em 20% (vinte por cento) sobre a hora diurna, no trabalho executado entre as 22:00h (vinte e duas horas) de um dia e as 5:00 (cinco horas) do dia seguinte. **CONCESSÃO PARCIAL DA INJUNÇÃO.**"

(MS 0024152-54.2016.8.19.0000, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, Órgão Especial, Julgamento: 22/05/2017)

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

(MS 0059853-37.2020.8.19.0000, Rel. Des. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, Órgão Especial, Julgamento: 15/03/2021)

É de se acrescentar, ainda, que a absorção aos vencimentos do policial civil da gratificação criada pelo art. 2º da Lei nº 330/80, na forma dos artigos 5º e 6º da Lei nº 2.990/98, confirmada pela Lei nº 3.586/01, não constitui óbice à implementação do adicional noturno, porquanto se revela

inconstitucional a simples supressão de todos os direitos sociais através da aglutinação de sua expressão econômica em uma importância única, mormente em se tratando uma verba *pro labore faciendo*, incapaz de remunerar os diversos ocupantes do cargo de acordo com as condições de efetivo exercício de suas funções.

Por fim, afigura-se descabida a 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.

Como bem asseverou o *Parquet* a fls. 57/65, *in verbis*:

"Merece repulsa a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pelo Estado do Rio de Janeiro.

Conforme escólio de Fredie Didier Júnior (in Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 11ª ed. BA, Ed. JusPodium, 2009, p. 196),

'A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, in concreto, à luz da situação narrada no instrumento da demanda.'

O interesse de agir do impetrante foi corretamente demonstrado: apontou a causa de pedir próxima (os arts. 39, § 3º, 7º, IX e 5º, LXXI, da CF; a causa de pedir remota (o labor realizado parcialmente no período noturno) e a necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pretendido: a declaração da mora legislativa e a edição de norma jurídica concreta que lhe permita receber o adicional noturno, enquanto não for suprida a falta da norma regulamentadora do art. 7º, IX, da Carta Magna, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, em benefício dos servidores estatutários.

Se a percepção do adicional noturno é compatível com o regime de plantão é questão de mérito, e não de interesse de agir.

No mérito, merece concedida a injunção.

De acordo com o art. 5º, LXXI, da Lei Básica, 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.

Pois bem. O art. 39, § 1º, da Lei Fundamental, estende aos servidores ocupantes de cargo público, 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.

As questões submetidas ao Judiciário neste mandado de injunção - a ausência de norma regulamentadora que viabilize aos servidores estaduais a fruição do direito assegurado pelos arts. 7º, IX e 39, § 1º, da CF, e a compatibilidade entre esse direito e o trabalho exercido em regime de plantão - já foram apreciadas por esse colendo Órgão Especial em diversos precedentes, como demonstram as ementas adiante trazidas à colação:

'Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Servidor público estadual que ocupa o cargo de Técnico de Enfermagem. Ausência de normatização do direito ao adicional noturno pelo Chefe do Poder Executivo. Pretensão de provimento jurisdicional que assegure ao impetrante o exercício do direito. Cabimento. A Constituição da República assegura aos trabalhadores remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, de acordo com o art. 7º, IX e art. 39, § 3º, da CR e artigos 39 e 83, V, da Constituição Estadual. A partir do julgamento do mandado de injunção nº 670, a jurisprudência do Pretório Excelso evoluiu sobre o tema e 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 Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional conferida pela Constituição de apreciar qualquer lesão e ameaça a direito que lhe for apresentada, assegurar o efetivo exercício da prerrogativa constitucional carente de normatização, e não apenas declarar a mora legislativa. "Diante da lacuna legislativa e da mora do impetrado no que tange à regulamentação do adicional noturno para os servidores públicos estaduais, técnicos e auxiliares de enfermagem, 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 executados entre às 22:00 h de um dia e às 5:00 h do dia seguinte." (extraído do parecer ministerial). O fato de o trabalho do servidor público ser exercido em regime de plantão não afasta o direito ao adicional noturno, devido em virtude do maior desgaste sofrido no respectivo período. Precedentes deste Órgão Julgador sobre o tema: Mandados de Injunção nº 0024152-54.2016.8.19.0000; 0047264-33.2008.8.19.0000 (2008.046.00003) e 0062421- 36.2014.8.19.0000. Concessão

da ordem para declarar a omissão legislativa e viabilizar, em concreto, o exercício do direito constitucional do servidor.'

(Mandado de Injunção nº 0039303- 26.2017.8.19.0000 - j. 12/03/2018 - unân. - publ. 14/03/2018 - Rel. Des. Nagib Slaibi Filho)

'MANDADO DE INJUNÇÃO INDIVIDUAL. TÉCNICA DE ENFERMAGEM. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI 4.599/2005. ADICIONAL NOTURNO. OMISSÃO LEGISLATIVA NA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO. 1. Trata-se de mandado de injunção individual ajuizado por técnica de enfermagem contratada temporariamente pela Administração Pública Estadual nos moldes da Lei Estadual nº 4.599/2005. Alega a impetrante omissão legislativa quanto ao direito ao adicional noturno, previsto nos artigos 7º, IX e 39, § 3º, da Constituição Federal, e artigos 39 e 83, V, da Constituição Estadual. Pede a declaração da omissão e a condenação do impetrado ao pagamento do adicional no período de 01/04/2011 a 14/03/2014. 2. Mandado de injunção que constitui remédio constitucional destinado a permitir o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição cuja norma, de eficácia limitada, não se encontra regulamentada (total ou parcialmente) pelo legislador infraconstitucional. Omissão do legislador estadual em regulamentar o adicional noturno (direito social - fundamental do homem), direito este que deve ser estendido a todos os trabalhadores, independentemente do regime jurídico ao qual se encontram submetidos ou da existência de previsão contratual ou infraconstitucional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Trabalho sob regime de plantão que não afasta a percepção do adicional noturno, já que a previsão deste direito é unicamente de remunerar o trabalhador noturno pelo maior desgaste sofrido em relação ao trabalhador diurno, independentemente da escala de trabalho. Precedentes das Cortes Superiores. 4. Rejeição da tese defensiva de que a presente demanda deveria se limitar a declarar a omissão legislativa, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Supremo Tribunal Federal que vem adotando a chamada teoria concretista, segundo a qual ao reconhecer a omissão o Poder Judiciário pode editar a norma ou determinar a aplicação de norma já existente análoga, viabilizando o exercício do direito. Lei 13.300/2016, que regulamenta o mandado de injunção, que positivou esse entendimento em seu art. 8º. Possibilidade de supressão da lacuna que busca superar a chamada "síndrome da inefetividade das normas

constitucionais", como é conhecido o esvaziamento de direitos constitucionalmente em virtude da falta de norma regulamentadora. 5. Descabida a condenação do impetrado ao pagamento de verbas pretéritas. Mandado de injunção que, nos moldes do mandado de segurança, não é sucedâneo de ação de cobrança, devendo tal pretensão ser deduzida pela via própria.

6. Aplicação analógica do art. 73 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Julgados análogos ao do autor por este Egrégio Órgão Especial: Mandados de Injunção nº 0047264-33.2008.8.19.0000 (2008.046.00003) e 0062421-36.2014.8.19.0000. Declaração da omissão legislativa e viabilização, à impetrante, do exercício do direito constitucional à percepção de adicional noturno, calculado em 20% (vinte por cento) sobre a hora diurna, no trabalho executado entre as 22:00 h (vinte e duas horas) de um dia e as 5:00 h (cinco horas) do dia seguinte. **CONCESSÃO PARCIAL DA INJUNÇÃO.'**

(Mandado de Injunção nº 0024152-54.2016.8.19.0000 - j. 22/05/2017 -unân. - publ. 25/05/2017 - Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira)

MANDADO DE INJUNÇÃO. ENTIDADE DE CLASSE. OMISSÃO LEGISLATIVA REFERENTE AO ADICIONAL NOTURNO. REGIME DE PLANTÃO. CABIMENTO. Mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Enfermeiros do Estado do Rio de Janeiro - SINDENFRJ em face do Exmº. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro e do Exmº. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a fim de ser reconhecida omissão legislativa referente à regulamentação das normas constitucionais quanto à fixação, em favor dos servidores públicos da área de enfermagem, de adicional noturno em valor superior à remuneração do trabalho diurno. **PRELIMINARES:** Rejeitam-se as preliminares de ilegitimidade ativa ad causam, de inépcia da inicial e de falta de interesse processual. Os documentos que instruem a petição inicial comprovam que o Sindicato impetrante encontra-se regularmente constituído para fins de defesa e representação dos direitos de todos os Enfermeiros no Estado do Rio de Janeiro. A petição inicial é suficientemente clara, tanto que as autoridades impetradas e a PGE não tiveram nenhuma dificuldade em apresentar resistência à pretensão autoral. A prestação jurisdicional pretendida se apresenta útil e necessária a viabilizar o efetivo exercício do direito constitucionalmente garantido. Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do 2º impetrado, porquanto as

leis que disponham sobre servidores públicos do Estado são de iniciativa privativa do Governador do Estado. MÉRITO: O direito ao adicional noturno tem previsão na Carta Magna, nos artigos 7º, IX e 39, § 3º, bem como no art. 83, V, da Constituição Estadual. Em se tratando de norma de eficácia plena, a omissão legislativa não pode inviabilizar a aplicação dos direitos sociais. O atual entendimento do e. Supremo Tribunal Federal é no sentido de atribuir-se ao mandado de injunção uma natureza mandamental e não simplesmente declaratória. Ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes, ante a supremacia das normas constitucionais fundamentais. O fato de o trabalho dos enfermeiros estaduais ser exercido em regime de plantão não afasta o direito ao adicional noturno. Jurisprudência do STJ. Ante a ausência de previsão legislativa, adota-se o percentual de 20% previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, até que a legislação estadual discipline o tema. Precedente deste e. Órgão Especial. Concessão da ordem.' (Mandado de Injunção nº 0062421- 36.2014.8.19.0000 - j. 01/06/2015 - unân. - publ. 09/06/2015 - Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo)

Isso posto, temos que os requisitos do art. 5º, LXXI, da Lei Básica, encontram-se satisfeitos: de um lado, o direito do impetrante ao recebimento de remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, previsto no art. 7º, XI, da CF e estendido aos servidores federais, estaduais e municipais pelo art. 39, § 3º, da mesma Carta; de outro, a inviabilização do seu exercício por falta de norma regulamentadora, apesar de decorridos 32 anos da promulgação da Constituição Cidadã.

O fato de o 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.

Assim tem entendido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça:

'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.' (REsp 1.310.929 AgRg - 2ª Turma - j. 16/05/2013 - unân. - publ. 22/05/2013 - Rel. Min. Mauro Campbell Marques)



'RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL. REGIME DE PLANTÃO (24 H DE TRABALHO POR 48 H 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 22 h e 5 h da manhã 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 1.292.335 - 2ª Turma - j. 09/04/2013 - unân. - publ. 15/04/2013 - Rel. Min. Castro Meira)

Os arts. 167 e 169, do Estatuto Fundamental e as normas da Lei Complementar nº 101/2000 (a LC nº 173 vigorou apenas no ano de 2020) não podem ser invocadas para justificar o persistente descumprimento do art. 7º, IX, da CF no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Não se pode afrontar a Constituição a pretexto de cumpri-la, nem, *a fortiori*, contrapor normas infraconstitucionais à *Lex Legum*. O trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, IV, da CR, e o planejamento e a gestão do orçamento público devem compatibilizar-se com a totalidade da Constituição, de modo a conferir-lhe máxima efetividade.

A própria Lei Complementar nº 159/2017, que instituiu o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, possibilita, em seu art. 8º, inciso I, que sejam pagos a servidores, empregados públicos e militares vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração em decorrência de sentença transitada em julgado.

Outrossim, constatada, em sede de mandado de injunção, a inexistência de norma regulamentadora viabilizadora do exercício de um direito ou liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, pode o Judiciário suprir a lacuna, nos termos do art. 8º, da Lei nº 13.300/2016, até que venha a ser superada a referida mora legislativa.

Não há, *in casu*, ofensa à Súmula Vinculante nº 37 do STF, pois o fundamento para a concessão da injunção não é a isonomia, e sim a necessidade de conferir

concretude a uma norma constitucional que assegura aos servidores a remuneração do trabalho noturno em valor superior à do labor diurno.

O reconhecimento da mora legislativa sobre o tema em mandados de injunção anteriores, inclusive coletivos, dispensa a fixação de prazo às autoridades impetradas para o seu suprimento, como dispõe o parágrafo único, do art. 8º, da Lei nº 13.300/2016, podendo ser desde logo determinado o pagamento do adicional perseguido neste feito.

Nada obsta, portanto, que, nesse interregno, o adicional noturno seja pago ao impetrante no percentual mínimo de 20%, conforme previsto no art. 73 do Código Obreiro, aplicável por analogia, pela remuneração das horas trabalhadas entre as 22:00 horas de um dia e as 5:00 do dia seguinte.

Assiste razão ao impetrante, igualmente, no tocante à remuneração adicional pela prorrogação do trabalho em horário noturno, nos termos da Súmula nº 60 do TST, que fixou a interpretação do art. 73, § 5º, da CLT.

Merece transcrita em parte, neste passo, a fundamentação do aresto nos Embargos em Recurso de Revista nº 31.511, um dos julgados que conduziram à formulação do Enunciado nº 60 acima citado:

'2. MÉRITO. 2.1. HORAS TRABALHADAS ALÉM DAS CINCO HORAS DA MANHÃ. ADICIONAL NOTURNO. A regra do art. 73, § 5º, é clara ao dispor que "às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo". Ora, o "caput" desse artigo dispõe que o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno, cujo acréscimo não será inferior a 20% (vinte por cento) sobre a hora diurna. Se o trabalhador permanece em serviço, além das cinco horas da manhã, há de se entender que houve prorrogação do trabalho noturno. Em consequência, o adicional noturno previsto no art. 73 consolidado passa a ser devido, por força do que contém a regra inserida no seu § 5º. Além do mais, é de se considerar que o desgaste sofrido pelo empregado nessa hipótese é ainda maior, devendo, pois, haver a compensação com o percentual correspondente ao adicional noturno. Por todo o exposto, meu voto é no sentido de rejeitar os Embargos interpostos.'
(Seção Especializada em Dissídios Individuais do Trabalho - DJ 19.12.1985 - Decisão unânime - Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Por fim, em outros julgados em mandados de injunção análogos, foi fixado por esse E. Órgão Especial o percentual de 20% sobre a remuneração do trabalho

diurno até que venha a ser editada pela Assembleia Legislativa a norma regulamentadora do adicional noturno devido aos servidores estatutários. Confirmam-se, a propósito, as três ementas reproduzidas no início desta fundamentação.

O princípio da isonomia e a norma do art. 926, do CPC, recomendam a adoção desse percentual também no caso vertente."

POR TAIS RAZÕES, o meu voto é no sentido de rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder parcialmente a ordem, para reconhecer a lacuna legislativa quanto à regulamentação do adicional noturno para o referido servidor público estadual, e determinar a aplicação, por analogia, do art. 73 da CLT, que fixa o adicional noturno em 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 a horas prorrogadas.

Custas ex lege.

Sem condenação em honorários, nos termos da Súmula nº 512 do E. STF e do art. 14 da Lei nº 13.300/16.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2021.

**MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
DESEMBARGADORA RELATORA**

Acr/0503

