

**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 0027708-54.2022.8.19.0000

REPRESENTANTE: MÁRCIO GUALBERTO DOS SANTOS

REPRESENTADO 1: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTADO 2: PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATORA: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. REMUNERAÇÃO MAIOR AO TRABALHO NOTURNO DO QUE AO DIURNO. DIREITO ASSEGURADO POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ARTIGO 83,V) E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ARTIGO 7º, IX). OMISSÃO LEGISLATIVA. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES. REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE ÓBICE. VULNERAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 37 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU CRIAÇÃO DE DESPESAS PELO PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. EFEITOS CONCRETISTAS AFASTADOS DIANTE DA ABRANGÊNCIA DA AÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. JULGADA PROCEDENTE EM PARTE A AÇÃO PARA, DECLARANDO-SE A EXISTÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL, FIXAR O PRAZO RAZOÁVEL DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA A EDIÇÃO DE NORMA CONDUCENTE À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO À REMUNERAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO SUPERIOR À DO LABOR DIURNO.

PRELIMINARES. (1) **O Presidente da ALERJ (representada) sustenta sua ilegitimidade para figurar no polo passivo** da presente ação, mas desassiste-lhe razão, pois conquanto não caiba à Assembleia a iniciativa do projeto de lei idôneo a engendrar a norma faltante, fato é que será a Casa na qual tramitará o processo legislativo, de sorte que ostenta legitimidade para responder à presente ação. Precedente. (2) **No que tange à preliminar de inépcia da petição inicial arguida pelo representante do Ministério Público**, de igual forma, há de soçobrar, porque ausentes quaisquer dos vícios elencados no artigo 330 §1º do Código de Processo Civil ao se considerar que, no caso em tela, a petição inicial preenche, satisfatoriamente, os requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil e, por analogia, do artigo 3º da Lei Federal n.º 9.868/1993, expondo, de forma clara, o pedido e a causa de pedir, elucidando que a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão se volta contra a ausência de regulamentação do direito contido no artigo 83, inciso V, da Constituição Estadual, que nada mais faz do que reproduzir o artigo 7º, inciso IX, da Carta da República. **Assim, a moldura constitucional vilipendiada se encontra perfeitamente descrita pelo Representante.** Em arremate, é sabido que, no bojo de Mandado de Injunção coletivo proposto pelo Sindicato dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro, foi instaurado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0073573-37.2021.8.19.0000, o que não se confunde com o objeto da presente ação, muito mais amplo, dado que alusivo a todos os servidores civis públicos estaduais, enquanto circunspecto o referido incidente aos policiais civis que laboram em regime de plantão, cabendo acrescer que a doutrina é prolífica em diferenciar os institutos da Ação Direta por omissão do Mandado de Injunção coletivo. E, em caso de coincidência de objeto, haverá de se prestigiar o prosseguimento e resolução do processo de controle objetivo e concentrado de constitucionalidade, em prejuízo do controle subjetivo

e difuso. Assim, o julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão não está condicionado à resolução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, razão pela qual se faz mister proceder à análise do mérito. **MÉRITO.** O representante busca o reconhecimento da omissão do Governador e do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro quanto à regulamentação do artigo 83, inciso V, da Constituição do Estado, o qual, em reprodução do artigo 7º, inciso IX, da Carta da República, confere aos trabalhadores o direito fundamental à remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno. Da análise dos dispositivos legais, resta evidente que da mera enunciação da norma, malgrado taxativa ao consagrar o direito, não promana uma concreção imediata do adicional nominado, dependendo de regulamentação legal. À míngua de lei específica que empreste concretude à norma, a sua inefetividade inviabilizará o exercício de um direito constitucional. A remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno tem a função de remunerar o trabalhador notívago pelo maior desgaste sofrido em contraposição ao diurno, independentemente, da escala de trabalho. É assente na legislação laboral, seja celetista, seja funcional, primeiro reduzir-se a hora do trabalho noturno, sem prejuízo de um *plus* remuneratório, a denominada gratificação pelo horário noturno que, obviamente, não se identifica, nem se subsume, na redução da carga horária. Doutrina. Então, o direito fundamental à remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno é **um direito social extensível a todos os trabalhadores, independentemente, do regime jurídico ao qual se encontram submetidos, ou da existência de previsão contratual, ou infraconstitucional.** Deveras, o tema aqui trazido não é novo e este Colegiado, em numerosos casos assaz similares, envolvendo a ausência de regulamentação do artigo 83, V, da Constituição Estadual, já reconheceu, ainda que em sede de Mandado de

Injunção, mas sob igual inteligência, a omissão do Administrador Estadual. Precedentes. De mais a mais, diversamente, do alegado pela Procuradoria Geral do Estado, o fato de algumas categorias de servidores estaduais desempenharem seu *munus* em regime de plantão, ao contrário de outros, não inviabiliza o reconhecimento do direito de todos à percepção de renumeração maior pelo trabalho noturno, ainda que sob diferentes disciplinas, ajustadas à realidade de cada classe, porque cuida-se de verba de natureza salarial, mas majorada em razão do exercício do trabalho em circunstâncias mais gravosas, que expõe o trabalhador a maior desgaste no período noturno e, assim, indiferente a quantidade de horas de intervalo para descanso do plantão. Precedentes. **Corroborada, portanto, a necessidade de critérios específicos e constitucionalmente previstos para a regulamentação do adicional noturno, imperativo seja suprida a omissão legislativa, com base nos fundamentos supra expostos e na esteira do parecer ministerial.** E considerando que a Constituição Federal foi promulgada, em 05/10/1988, e a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em 05/10/1989, **está, patentemente, evidenciada a mora caracterizada pelo decurso do prazo de mais de 30 (trinta) anos, sem encaminhamento de projeto de lei pelo Poder Executivo,** nos termos do artigo 103, § 2º da Constituição Federal e artigo 162, § 2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Entrementes, ao contrário do deliberado nos Mandados de Injunção já impetrados e concedidos neste Tribunal com efeitos concretistas, nos quais se determinou a aplicação por analogia do artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) enquanto não regulamentado o direito fundamental à remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno por ato próprio dos poderes competentes, fazê-lo, no caso em riste, implicaria em atribuir o mesmo tratamento (adicional de 20%) a categorias, acentuadamente, díspares, abrangendo tanto as que labutam à noite, porque submetidos ao

regime de plantão, quanto aqueles que fazem horas extras eventuais em período noturno, conferindo-se tratamento homogêneo a situações heterogêneas, em franco malferimento ao princípio da isonomia (artigo 5º, caput, CRFB/88). Assim, não será deferido um dos pleitos iniciais, articulado a fls. 14 (item 000002), de aplicação do artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que tal providência implicaria em uniformização indevida de tratamento a categorias inteiramente distintas em termos de regime de trabalho e especificidades laborais e remuneratórias. Conforme bem asseverado pelo Ministério Público: *“Não se pode olvidar que o caso em questão se trata de omissão parcial, tendo em vista as inúmeras compensações existentes a (alguns) servidores que desempenham trabalho noturno.”* De mais a mais, tampouco, merece acolhida o argumento de que o regime de recuperação fiscal do Rio de Janeiro obsta a procedência da representação, pois tem-se como pacífico na jurisprudência que a concretização de um direito social pelo Poder Judiciário não pode ser tolhida pela omissão legislativa prolongada do ente federativo, cumprindo-se ressaltar que o regime de recuperação fiscal do Estado do Rio de Janeiro não impede a prolação de sentenças e demais decisões contra a Fazenda Pública. Precedente. À derradeira, descabe arguir vulneração à Súmula Vinculante n.º 37 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, nos moldes alinhavados, a vertente representação será julgada, parcialmente, procedente, tão-somente, para determinar a supressão da omissão legislativa em prazo adequado, sem ditado de conteúdo, tampouco, especificação de alíquotas, ou criação de despesas pelo Poder Judiciário, incumbindo aos poderes competentes a elaboração tempestiva da norma em cada caso, sob o prisma das particularidades das variadas categorias de servidores, no pleno exercício de seu *munus* constitucional e do interesse da Administração Pública.

PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº **0027708-54.2022.8.19.0000**, em que é Representante **MÁRCIO GUALBERTO DOS SANTOS** e Representados o **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** E O **PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ALERJ**, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em **REJEITAR AS PRELIMINARES** e, no mérito, **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação **PARA DECLARAR A EXISTÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL QUE REGULAMENTE O DIREITO FUNDAMENTAL À REMUNERAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO SUPERIOR À DO LABOR DIURNO, CONFORME ARTIGO 83, V DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, FIXANDO-SE O PRAZO RAZOÁVEL DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA A EDIÇÃO DE NORMA IMPRESCINDÍVEL À CONCRETIZAÇÃO DO MENCIONADO DISPOSITIVO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, vencidos os Desembargadores Nagib Slaibi Filho, César Felipe Cury, Werson Franco Pereira Rêgo, Luiz Fernando de Andrade Pinto, José Carlos Varanda dos Santos, Edson Aguiar de Vasconcelos e Claudio Luis Braga Dell'Orto.

VOTO

Trata-se de Representação de Inconstitucionalidade por Omissão ajuizada pelo Deputado Estadual **MÁRCIO GUALBERTO DOS SANTOS** em face do **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e do **PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ALERJ**, buscando a declaração da existência de mora legislativa quanto à edição de lei para conferir eficácia ao artigo 83, inciso V, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que determina que a remuneração do trabalho noturno realizado pelos servidores públicos civis estaduais seja superior à do diurno.

A ação atende aos requisitos de admissibilidade, nos termos dos artigos 162, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e no artigo 103, §2º, da Constituição Federal.¹²

.DAS PRELIMINARES

Ab initio, primaz enfrentar as preliminares arguidas às fls. 107-109 (item 000105) e 133-140 (item 000131).

1 - O PRESIDENTE DA ALERJ ALEGA SUA ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA PRESENTE AÇÃO (ITEM 000105).

Desassiste-lhe razão. Conquanto não caiba à ALERJ a iniciativa do projeto de lei idôneo a engendrar a norma faltante, fato é que será a Casa na qual tramitará o processo legislativo, de maneira que ostenta legitimidade para responder à presente ação, conforme aresto que se segue: "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

¹ Art. 162 - A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Procurador-Geral da Defensoria Pública, Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

(...)

§2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 (trinta) dias.

² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

afigura descabido na via Constitucional manejada. CONCESSÃO PARCIAL DA INJUNÇÃO."³

Tal se depreende, também, dos ditames da lei 9.868/99, cuja inteligência, aplicada *mutatis mutandi* ao caso, não define quem será o ocupante do polo passivo nas ações de controle de constitucionalidade, mas, em seu artigo 6º, estabelece que “O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”.

E Gustavo Quintanilha explica que “há três posições destinadas à prática de atos processuais, que podem ser ocupadas pelas chamadas partes formais: 1) o autor ou aquele que propõe a ação, 2) a autoridade ou órgão que editou o ato normativo impugnado, que será intimada para, querendo, defender a validade do ato face ao texto constitucional e 3) o terceiro, cuja intervenção é regulada na legislação e na jurisprudência”.⁴

(2) SUPERADA TAL PRELIMINAR, DE IGUAL FORMA HAVERÁ DE SOÇOBRAR A ANTECEDENTE DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, TAL COMO ARGUIDA PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ITEM 000131).

O artigo 330 §1º, do Código de Processo Civil preceitua que: "(...)Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si."

No caso em tela, a petição inicial preenche, satisfatoriamente, os requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil⁵ e, por analogia, do artigo 3º da Lei Federal n.º 9.868/1993⁶,

³ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 0059853-37.2020.8.19.0000. Des (a). DESEMBARGADORA LEILA ALBUQUERQUE. Data de publicação: 17/03/2021.

⁴ MENEZES, Gustavo Quintanilha. Curso de Direito Constitucional. Série Aperfeiçoamento de Magistrado 11 – Normatividade Jurídica. Página 80.

⁵ Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

⁶ Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

expondo, de forma clara, o pedido e a causa de pedir, elucidando, já de início, na peça vestibular, que a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão se volta contra a ausência de regulamentação do direito contido no artigo 83, inciso V, da Constituição Estadual, que nada mais faz do que reproduzir o artigo 7º, inciso IX, da Carta da República. Assim, a moldura constitucional vilipendiada se encontra, perfeitamente, descrita pelo Representante.

É dizer: a ação indicou as categorias que fariam jus ao pagamento do adicional noturno, quais sejam, todas aquelas pertencentes ao serviço público civil do Estado do Rio de Janeiro, de sorte que o pedido é, **de fato, abrangente, mas não "indeterminado" ou "genérico"**, hipóteses que conduziram à declaração de inépcia.

Ademais, o fato de, dentro do espectro do serviço público estadual, não se haver minudenciado categorias específicas de servidores desta unidade da federação, com suas particularidades e eventuais compensações, é temática atinente ao mérito, no qual será devidamente enfrentada.

.DA DISTINÇÃO ENTRE A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DO NÃO CONDICIONAMENTO DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO AO RESULTADO DO IRDR Nº 0073573-37.2021.8.19.0000

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão corresponde a remédio constitucional, que, juntamente com o Mandado de Injunção, foi criado com o intuito de lidar com omissões constitucionais que inviabilizem o exercício de direitos consagrados na Constituição da República.

Assim, ensina excelso Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal:

“O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina que busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo institucional de

fiscalização abstrata, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e materializada em processo objetivo. Já o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela dos direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público.⁷

No ponto, vale destacar que a doutrina há muito distingue os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Em artigo publicado na obra Mandados de Segurança e de Injunção, sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Carlos Mário da Silva Velloso⁸ ensina:

“A diferença entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (CF, art. 103, § 2.º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável. Esta é a lição de José Carlos Cal Garcia, que leciona: ‘o mandado de injunção, dando legitimidade constitucional à cláusula de regulamentação, vai permitir ao Poder Judiciário suprir omissão administrativa. Mas, para que seja efetiva a injunção, a sentença deve ir além da determinação de regulamentar, para prever e suprir as omissões, criando o Juiz ou Tribunal o regulamento exigido. É a justiça do caso concreto, característica da Justiça da Equidade, mas lhe é superior, porque complementa o que falta à norma legal. Tal decisão, assim, implica julgamento por equidade, ou seja, fora das regras do direito positivo. A decisão não complementar a norma, ou explicitará o que estava escrito com eficácia condicionada’. No mesmo sentido: Ivo Dantas, Régis Fernandes de Oliveira, e José Afonso da Silva.”

⁷ Barroso, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 122-123.

⁸ Do Mandado de Segurança e institutos afins na Constituição de 1988, pp. 101-2.

Por sua vez, José Da Silva Pacheco⁹, citando Ivo Dantas, leciona:

“Ivo Dantas, referindo-se ao mandado de injunção em confronto com a inconstitucionalidade por omissão, salienta as diferenças entre ambos: a) enquanto nesta ‘se argúi a lacuna em tese, teoricamente considerada, o mandado de injunção o que se busca é o preenchimento da lacuna em sua individualização, ou seja, em uma relação jurídico-processual concreta; b) a inconstitucionalidade por omissão é privativa daqueles que a Constituição ofereceu legitimidade ativa; o MI poderá ser impetrado por brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5.º, *caput*); c) na ação de inconstitucionalidade por omissão caberá ao STF dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias; no MI, ao contrário, caberá à autoridade judiciária competente suprir a lacuna, com efeitos interpartes’ (*Constituição Federal: teoria e prática*, Rio de Janeiro, 1994, v. 1, p. 292).

E, depois, conclui:

“Com esses valiosos adminículos, não temos dúvida em concluir que, efetivamente, não se destinam o § 1.º do art. 102 e § 2.º do art. 103 da CF ao mandado de injunção, havendo radical diferença entre este e a ação de inconstitucionalidade por omissão, quanto à legitimidade, competência, objeto e decisão.”

Em conclusão, a finalidade do Mandado de Injunção é suprir, provisoriamente, a lacuna legislativa até que o órgão competente edite a norma definitiva. Para isso, o Poder Judiciário pode estabelecer as condições para o exercício do direito, ou aplicar, analogicamente, outra norma existente. Já a finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é provocar o órgão omissor para que ele edite a norma dentro de um prazo razoável. Para isso, o Poder Judiciário pode comunicar sua decisão aos Poderes Legislativo, ou Executivo para que encampem as providências cabíveis.

Segundo Cavalcante Filho, *"a natureza do mandado de injunção é subjetiva"*, pois *"visa garantir o exercício de um direito individual ou coletivo que depende da norma faltante"*. Já *"a natureza da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é objetiva"*, pois

⁹ Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, 5.ª edição, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 347-8.

"visa declarar a mora do órgão legislativo ou administrativo em cumprir seu dever constitucional".¹⁰

E, assim, colmata Matthaus Kroschinsky: "Aqui há uma importante diferença a ser feita entre prejuízo em abstrato a bem jurídico constitucional, que pode ser objeto de ação direta por omissão, e prejuízo concreto a direito subjetivo, para o qual serve o mandado de injunção."¹¹

Destarte, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão consiste em processo objetivo, integrante do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, produzindo, assim, efeitos erga omnes, o Mandado de Injunção, ainda que coletivo, caracteriza-se por ser processo subjetivo, em que a mora legislativa é suprida para o caso concreto, de modo a conferir efetividade a direito constitucionalmente assegurado, cujo exercício é obstaculizado em razão da ausência de regulamentação, decisão esta com eficácia *inter partes*.

Por esta razão, não há de se confundir o objeto da presente ação com o do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0073573-37.2021.8.19.0000, instaurado nos autos da ação coletiva nº 0117250-22.2018.8.19.0001, proposta pelo Sindicato dos Policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro – SINDPOL-RJ, cujo objeto é a concessão do adicional noturno aos policiais civis que trabalham em regime de plantão.

A uma, porque o referido incidente ostenta objeto muito mais restrito que a ação direta *sub examine*, debatendo, tão-somente a remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno dos policiais civis estaduais, e, mesmo assim, apenas daqueles que laboram em regime de plantão:

Confira-se:

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Direito ao adicional noturno pelos integrantes da carreira policial civil que exercem atividade em regime de plantão e revezamento. Divergência jurisprudencial em demandas que se repetem em diversas Câmaras Cíveis e no Órgão Especial deste Tribunal de

¹⁰ CAVALCANTE FILHO; CAVALCANTE; GONÇALVES (2019). Direito Constitucional Esquematizado (7ª ed.). Salvador: Editora JusPodivm.

¹¹ KROSCHINSKY, Matthäus. 1 - A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção In: ABBOUD, Georges. Direito Constitucional sob curadoria de Georges Abboud. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.

Justiça. Há julgados no sentido de que o adicional noturno não é devido aos Policiais Civis por não ter a Lei Estadual nº 3.586/2001 que reestruturou a carreira do Policial Civil no Estado do Rio de Janeiro contemplado o referido adicional. E há precedentes que adotam o entendimento de que, sendo a remuneração do trabalho noturno reconhecida como direito social fundamental, pode ser concedida aos servidores da Polícia Civil, ainda que verificada omissão legislativa estadual. Múltiplas demandas sobre a referida controvérsia com decisões divergentes verificando-se risco de ofensa à isonomia e de insegurança jurídica. Presença dos requisitos do art. 976 do CPC. **Matéria afetada: "Existência, ou não, do direito à percepção de adicional noturno pela categoria de Policial Civil do Estado do Rio de Janeiro que exerce a atividade profissional em regime de plantão e revezamento." Suspensão de todos os feitos que tramitem, no âmbito Estadual, em qualquer juízo e grau de jurisdição, que versem sobre a questão afetada, nos termos do art. 982, inciso I do CPC o que não impede a propositura de novas demandas, e não abrange: a) Feitos em fase de liquidação b) Feitos em fase de cumprimento de sentença c) Exame de pedidos de tutela de urgência d) Exame de pleito de gratuidade.** Incidente admitido.¹²

A duas, porque careceria de substrato lógico-jurídico suspender a ação em riste, ou condicionar-lhe o resultado ao deliberado no mencionado IRDR, não só porque aqui se discute o direito de dezenas de categorias do funcionalismo público estadual, para muito além da Polícia Civil, mas, também, por ser inviável reconhecer efeitos vinculantes (*binding effect*) ao Órgão Especial de decisão da Egrégia Seção Cível, nos moldes de valoroso excerto de voto do Desembargador Maurício Caldas:

“(...) Ademais, o tema versado é de índole constitucional, de competência exclusiva do Tribunal, e não pode ser decidido por um de seus órgãos fracionários, esses sim, sujeitos a submeterem, via o respectivo incidente, toda matéria constitucional que se exhiba como questão prévia aos recursos que julguem, ao julgamento do Tribunal, por seu Órgão Especial (CPC., art. 949, inciso II) que pode, eventualmente, decidir com eficácia vinculante de todos os Órgãos julgadores, inclusive da Egrégia Seção Cível.(...)”¹³

Por conseguinte, se é verdade que o resultado do aludido incidente haverá de ser observado na resolução dos

¹² BRASIL. TJRJ. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. Processo nº 0073573-37.2021.8.19.0000. Relatora Des(a). ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA - Julgamento: 10/11/2022 - SEÇÃO CÍVEL.

¹³ BRASIL. TJRJ. Processo n.º 0053522-68.2022.8.19.0000. RELATOR: DESEMBARGADOR MAURICIO CALDAS LOPES. Julgado em 19/12/2022.

Mandados de Injunção impetrados por policiais civis deste Estado, por razões de isonomia e segurança jurídica (e não por vinculação efetiva), não menos verdadeiro é que o julgamento da vertente ação, de escopo muito mais amplo e abrangente, não encontra prejuízo na pendência do julgamento de tema, assaz mais restrito, pela Seção Cível.

Relevante para a solução da pendenga é o escólio de George Leite, extraído da obra “Jurisdição Constitucional”, no qual aborda a hipótese, distinta da presente, porém, de inteligência aplicável, em que a omissão combatida pela ação direta é exatamente a mesma fustigada por Mandado de Injunção, e neste caso, seria de rigor a suspensão dos processos de controle difuso, prestigiando-se o prosseguimento do processo de controle concentrado:

"Tema que não foi contemplado pela lei diz respeito à possibilidade do curso simultâneo de mandado de injunção coletivo e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com causas de pedir idênticas (omissão legislativa quanto à regulamentação da mesma norma constitucional). Dependendo do objeto da impetração coletiva, os efeitos erga omnes da decisão de procedência podem eventualmente entrar em conflito com atual ou futura decisão (intrinsecamente dotada de efeitos erga omnes e eficácia vinculante) na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O problema é semelhante ao que ocorre em relação ao possível conflito de decisões em ação civil pública (cuja causa de pedir seja a inconstitucionalidade de lei) e em ação direta de inconstitucionalidade (cujo objeto seja a mesma lei contestada na ação coletiva). A solução para a questão deve levar em conta o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no enfrentamento de problemas semelhantes : suspende-se o curso da ação de caráter subjetivo (no caso, o mandado de injunção coletivo) para aguardar a decisão da ação do controle abstrato (no caso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Uma vez decidida a questão em abstrato, a demanda subjetiva poderá ter curso e ser decidida em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal, dotada de efeito vinculante."¹⁴

¹⁴ LEITE, George. Capítulo VII. Mandado de Injunção e Omissões Inconstitucionais In: LEITE, George. Jurisdição Constitucional - Ed. 2022. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em:

Indene de dúvida, pelas razões propugnadas, que o julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão não está condicionado à resolução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0073573-37.2021.8.19.0000, razão pela qual se faz mister proceder à análise do mérito.

.Do Mérito

Rechaçadas as questões antecedentes, passa-se à análise do mérito.

Pois bem. *In casu*, o representante busca o reconhecimento da omissão do Governador e do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, quanto à regulamentação do artigo 83, inciso V, da Constituição do Estado, que assim dispõe:

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;

(...)

De sua análise, resta evidente que da mera enunciação da norma, malgrado taxativa ao consagrar o direito, não promana uma concreção imediata da remuneração do trabalho noturno superior à do diurno nominado, dependendo de regulamentação legal. À míngua de lei específica que empreste concretude à norma, a sua inefetividade inviabilizará o exercício de um direito constitucional.

A função de remunerar o trabalhador notívago pelo maior desgaste sofrido em contraposição ao labor diurno, independentemente, da escala de trabalho, sendo assente na legislação laboral, seja celetista, seja funcional, primeiro, reduzir-se a hora do trabalho noturno, sem prejuízo de um *plus* remuneratório, a denominada gratificação pelo horário noturno, que, obviamente, não se identifica, nem se subsume, na redução da carga horária.

Tratamento normativo introduzido, claramente, pela CLT:

Art. 73 - Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à 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 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

§ 2º - Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) 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." (grifo nosso).

E que se seguiu ao trabalhador rural na Lei n.º 5.889/73:

Art. 7º Para os efeitos desta Lei, considera-se trabalho noturno o executado entre as vinte e uma horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte, na lavoura, e entre as vinte horas de um dia e as quatro horas do dia seguinte, na atividade pecuária.

Parágrafo único. Todo trabalho noturno será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a remuneração normal.

Nada obstante, há disposições específicas, como quanto aos Advogados, cujo Estatuto próprio contém peculiar disciplina:

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

(...)

§ 3º As horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento.

No âmbito constitucional, a previsão de remuneração a maior relativamente ao trabalho noturno desencadeia-se com a Constituição de 1937:

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

(...)

j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;

Depois, na Constituição de 1946, já sem referência à restrição relativa a trabalho em turnos:

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno;

Seguindo na Constituição de 1967:

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

(...)

IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno;

O que tais textos disciplinavam em relação à legislação trabalhista, sem extensão aos servidores públicos, veio alcançar a estes, como inequívoco direito, no estalão de tutela constitucional, desde a vigência da Carta de 1988, por força do § 3.º do artigo 39:

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 ESTABELEECER REQUISITOS DIFERENCIADOS DE ADMISSÃO QUANDO A NATUREZA DO CARGO O EXIGIR.

COM EFEITO, CUIDA-SE DE NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS, QUE GOZAM DE APLICABILIDADE IMEDIATA E EFICÁCIA PLENA, A TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, §1º DA CRFB/88, DE FORMA QUE NÃO PODE O EXERCÍCIO DO DIREITO SER NEGADO PELO ESTADO DIANTE DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA.¹⁵

Daí seu reflexo na legislação infraconstitucional superveniente.

Com efeito, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União – Lei n.º 8.112/90 – prevê tanto (1) a redução de horário como (2) a incidência da gratificação de 25%:

Art. 75. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

Parágrafo único. Em se tratando de serviço extraordinário, o acréscimo de que trata este artigo incidirá sobre a remuneração prevista no art. 73."

Como discorrem Orlando Gomes e Elson Gottschalk:¹⁶

“O trabalho noturno é compreendido no período da noite. O conceito desta varia de país para país, segundo as estações, e pode ser fixado conforme a aceção físico-sociológica ou físico-astronômica. A nossa lei fixou-a na segunda, considerando “noite” o período que vai das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte. O trabalho prestado neste período recebeu uma dupla proteção:

a) redução do tempo da hora ficticiamente fixada em 52 minutos e 30 segundos;

¹⁵ Art. 5º (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁶ Curso de Direito do Trabalho”, 5ª Ed., Forense, p. 293.

b) o pagamento com um sobre-salário nunca inferior a 20% sobre a hora diurna.

As duas vantagens acumulam-se e não se excluem. A redução do tempo da hora tem uma finalidade fisiológica, dadas as asperezas do trabalho noturno. A remuneração superior, ou acréscimo salarial noturno, inspira-se na necessidade econômica de proporcionar meios para compensar o maior desgaste de energias.”

Vale, igualmente, trazer à colação magistério do clássico José Martins Catarino:¹⁷

“O nosso legislador considerou trabalho noturno o executado entre as 22 horas de um “dia” e as 5 do dia seguinte. Em termos de luz natural, trata-se de ficção, esta de adiar o crepúsculo... Parece, contudo, ter considerado mais o início das horas de dormir do que a noite propriamente dita.

A proteção deferida é dupla: quanto à *duração do trabalho noturno*, e quanto à *remuneração* (...)

De referência ao primeiro aspecto, por outra ficção: a hora noturna é de 52 minutos e 30 segundos, das 22 hs. às 5 hs., ou seja, 7 horas que equivalem a 8 horas (12,5% de adicional indireto).

Em relação ao segundo, pela imposição de um *adicional mínimo de 20%* sobre a remuneração diurna.”

Cumulação esta referendada, também, por quem, na seara constitucional, dela tratou:

“O adicional noturno de vinte por cento sobre o salário normal aplica-se a ambos os trabalhadores, urbanos e rurais, conjugando-se esta vantagem com a contagem de horas trabalhadas na forma reduzida, isto é, na base de cinquenta e dois minutos e meio, do que resulta que o trabalhador noturno trabalha, na realidade, sete horas, como se efetivamente trabalhasse oito (cf. Octávio Bueno Magano, Manual de direito do trabalho, 1980, v. II, p. 212)”¹⁸

De igual sentido, segue o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

¹⁷ Compêndio Universitário de Direito do Trabalho”, EJU, 2/551.

¹⁸ JOSÉ CRETELA JR, “Comentários à Constituição de 1988”, 2ª ed., Forense Universitária, 2/136.

“O adicional noturno tem natureza salarial, estando, no momento, afastadas as teorias que o tinham como mera indenização. Sua peculiaridade reside em só ser devido enquanto perdurar a causa que o motivou. Sem embargo do seu caráter retributivo, não se incorpora aos salários do empregado (cf. Arnaldo Lopes Sussekind, Instituições de direito do trabalho, Rio de Janeiro, 1981, p. 424)”¹⁹

A sua natureza é evidenciada ,ainda, de sua integração à remuneração, como definido no verbete sumular n.º 60 do Tribunal Superior do Trabalho:

I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula nº 60 - RA 105/1974, DJ 24.10.1974)

II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

Em exemplar doutrina, sistematiza Hely Lopes Meirelles, a distinção entre adicionais, que têm por lastro o tempo de serviço (*ex facto officii*) e as gratificações, ora decorrentes das condições excepcionais em que está sendo prestado um serviço comum (*propter laborem*), ora atreladas a situações individuais dos servidores (*propter personam*), magistério este usualmente adotado pela doutrina administrativa.²⁰

No caso, está-se, por conseguinte, diante de gratificação pecuniária atrelada à condição em que prestado serviço, constitucionalmente, assegurada aos servidores públicos desde a Constituição de 1988, não mais como decorrência de legislação estatutária infraconstitucional.

E em se tratando de garantia individual, a remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno deve ser estendida a todos os trabalhadores, independentemente do regime jurídico ao qual se encontram submetidos, ou da existência de previsão contratual ou infraconstitucional, pois a Constituição Federal confere aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e

¹⁹ CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, “Comentários à Constituição do Brasil”, Saraiva, 2/439.

²⁰ MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro”, 36.ª ed., Malheiros, p. 523

garantias fundamentais, conforme inscrito em seu artigo 5º, §1º, os quais gozam de prevalência sobre o Poder Público.²¹

Calha repisar que tal remuneração é uma garantia individual, inserida no título II da Constituição Federal, especificamente, no capítulo dos direitos sociais.²² E, assim, 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. Logo, resta evidente a ocorrência de mora legislativa na espécie, autorizando o manejo da presente ação, a teor do disposto no artigo 5º, LXXI, da Constituição da República.

Frise-se, ainda, que a Lei de Responsabilidade Fiscal, invocada pelo primeiro representado, não pode servir de justificativa para o não cumprimento de direito subjetivo dos servidores, mormente, considerando que as despesas com pessoal decorrentes de decisões judiciais não se sujeitam aos limites orçamentários, como estatui o artigo 19, §1º, IV, da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

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); (...)

§1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: (...)

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o §2º do art. 18.

Ademais, destaque-se que a edição da Lei 9.424/2021 não afasta essa conclusão, pois o diploma normativo em questão, apenas, autorizou o Poder Executivo a conceder o adicional noturno, que deverá ser regulamentado por outra norma, ainda não editada, ressaltando, em acréscimo, que a sua efetividade estará condicionada à apresentação de estudo de impacto orçamentário e financeiro.

Confira-se:

²¹ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²² 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. 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.

Deveras, o tema aqui trazido não é novo e **este Colegiado, em numerosos casos assaz similares, envolvendo a ausência de regulamentação do artigo 83, V da Constituição Estadual, já reconheceu, ainda que em sede de mandado de injunção, mas sob igual inteligência, a omissão do Administrador:**

MANDADO DE INJUNÇÃO. Writ em que objetiva o impetrante, Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária 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. Inicialmente, vale destacar que a edição das Leis Estaduais nos 9.414/2021 e 9424/2021 não se prestam a afastar o descabimento do presente writ, eis que desprovidas de qualquer efetividade, uma vez que apenas autorizam o Poder Executivo a conceder adicional noturno aos servidores da Polícia Civil, a depender da elaboração do competente regramento normativo, o que incorreu até a presente data.** De seu turno, desnecessária a suspensão do presente julgamento, pois embora tenha havido a distribuição do IRDR nº 0073573-37.2021.8.19.0000, em consulta aos autos do mencionado incidente, verifica-se que sequer houver juízo de admissibilidade pelo colegiado (art. 981 do CPC), quiçá a determinação de suspensão pelo relator (art. 982, inciso I, processual. No mais, tem-se que 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. Também é de se ressaltar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, invocada pelo impetrado, não pode servir de justificativa para o não cumprimento de direito subjetivo do servidor, mormente considerando que as despesas com pessoal decorrentes de decisões judiciais não se sujeitam aos limites orçamentários, como estatui o artigo 19, §1º, IV, da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Outrossim, não há que se falar em violação ao disposto nos artigos 20 a 22 da LINDB, uma vez que o presente decisum não se baseia exclusivamente na aplicação de princípios, mas sim em normas jurídicas. 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.²³

MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INSPETOR DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA (POLICIAL PENAL). **ADICIONAL NOTURNO. DIREITO ASSEGURADO POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL.** TRABALHO EM REGIME DE PLANTÃO QUE NÃO AFASTA A

²³ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0039872-51.2022.8.19.0000. Des(a). MARIA INÊS DA PENHA GASPAR - Julgamento: 07/11/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 09/11/2022.

PERCEPÇÃO DA VERBA. OMISSÃO LEGISLATIVA. RECONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, COM APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTANTES DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT) ATÉ QUE A LEGISLAÇÃO ESTADUAL REGULAMENTE A MATÉRIA. O Mandado de Injunção é o remédio constitucional que, juntamente, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi criado com o intuito de lidar com omissões constitucionais que inviabilizem o exercício de direitos consagrados na Carta Política. In casu, pretende o servidor público estadual, ocupante do cargo de Inspetor de Segurança Penitenciária da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (SEAP), o reconhecimento da omissão do Governador quanto à regulamentação do artigo 7º, IX1, e parágrafo 3º do artigo 392 ambos da Constituição da República, e do artigo 83, inciso V, da Constituição do Estado, assistindo-lhe razão, pois o **adicional noturno é um direito social extensível a todos os trabalhadores, independentemente, do regime jurídico ao qual se encontram submetidos ou da existência de previsão contratual ou infraconstitucional. Outrossim, o fato de se tratar de trabalho sob regime de plantão não afasta a percepção do adicional noturno, conforme reiteradamente decidido por este Órgão Especial, sendo certo, ademais, que a novel Lei Orgânica da Polícia Penal do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 206, de 21 de julho de 2022) prevê que os servidores da carreira terão direito à aludida verba. E a edição da Lei 9.424/2021, também, não afasta o direito vindicado pelo servidor, pois o diploma normativo em questão, apenas, autorizou o Poder Executivo a conceder o adicional noturno, que deverá ser regulamentado por outra norma, ainda não editada,** ressaltando ainda que a sua efetividade estará condicionada à apresentação de estudo de impacto orçamentário e financeiro. Portanto, é de rigor a concessão da injunção, com o ressarcimento das custas adiantadas pelo impetrante, na forma do artigo 17, §1º, da Lei Estadual nº 3.350/1999, não havendo condenação em honorários advocatícios, na forma dos artigos 25 da Lei nº 12.016/09 c/c 14 da Lei nº 13.300/2016. CONCESSÃO DA INJUNÇÃO²⁴

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. ADICIONAL NOTURNÓ. INSPETOR DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA ARTIGOS 5º, LXXI, 7º, IX, DA CRFB/88, 83, V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RJ, E 2º DA LEI ESTADUAL Nº 13.300/2016. LEI Nº 9424/21 **PREVISÃO DO BENEFÍCIO, SEM EFETIVA REGULAMENTAÇÃO.** CONCESSÃO DA ORDEM. REEMBOLSO DE DESPESAS PROCESSUAIS. IMPOSIÇÃO LEGAL. ART. 17, §1º, DA LEI Nº 3350/99. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. -Cuida-se de Mandado de Injunção impetrado por Inspetor de polícia da

²⁴ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0059047-31.2022.8.19.0000. Des(a). DENISE VACCARI MACHADO PAES - Julgamento: 21/11/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 25/11/2022.

Secretaria de Estado de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (SEPOL), lotado, atualmente na 27ª Delegacia Policial (Vicente de Carvalho), com carga horária de 40 horas semanais, parte desempenhada em horário noturno, especificamente em plantões semanais de 24 horas. -Admissão de Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), processado sob o nº 0073573-37.2021.8.19.0000, visando à fixação de tese sobre o seguinte tema: "Existência, ou não, do direito à percepção de adicional noturno pela categoria de Policial Civil do Estado do Rio de Janeiro que exerce a atividade profissional em regime de plantão e revezamento". -O IRDR, uma das inovações processuais trazidas pelo novo Código de Processo Civil, cuida-se de incidente instaurado em processos que se encontrem em sede recursal, ou mesmo em processos de competência originária do Tribunal, importando sua instauração na transferência a outro órgão da mesma Corte da competência funcional para julgamento do caso que traduza controvérsia acerca de questão de direito que se encontra presente em diversos processos. Diante deste contexto, o artigo 5º A, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabelece competir à Seção Cível o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando os recursos, remessas necessárias ou processos de competência originária de que provenha forem de competência das Câmaras Cíveis. -Entretanto, o Mandado de Injunção - cuja natureza é de ação constitucional que tem por finalidade determinar a outro Poder que edite norma regulamentadora a fim de viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como de prerrogativas próprias à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tal como previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República - tramita perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - órgão judicante competente, enfim, para seu processamento e julgamento. - Logo, eventual determinação pela Seção Cível, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de suspensão de tramitação de feitos que versem sobre determinada questão afetada não alcança demandas de assento constitucional que, tal como o Mando de Injunção, se encontram em curso no Órgão Especial. -Para além disto, há de se observar que o presente Mando de Injunção foi impetrado por Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária, portanto, ocupante de cargo que integra a estrutura da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, ao passo que o referido IRDR e a respectiva matéria nele afetada dizem respeito à categoria dos Policiais Cíveis, da qual, como acima apontado, o impetrante não faz parte. -Nesta perspectiva, não há se falar em sobrestamento ou suspensão de julgamento da presente ação mandamental em decorrência da admissão do IRDR nº 0073573-37.2021.8.19.0000. Direito à remuneração do trabalho noturno superior ao do diurno que possui previsão no artigo. 7º, IX, da Constituição da República, devendo ser estendido aos servidores ocupantes de cargo público, a teor do disposto no art. 39, §3º, da Carta Magna, **bem como no art. 83, V, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. - Edição da Lei nº 9424/21 que estabelece o direito ao adicional noturno,**

porém deixa de regulamentar o referido benefício, ao condicionar a efetividade da lei a "estudo de Impacto orçamentário e financeiro", na forma dos artigos 16, I, e 19, II, da Lei Complementar nº 101/2000. - Reconhecimento de lacuna legislativa e mora do Impetrado para regulamentação do adicional noturno aos servidores públicos estaduais que autoriza a aplicação, de forma analógica, em favor do Impetrante, até que referida omissão seja suprida, o disposto no art. 73 da CLT, que fixa o adicional noturno em 20% sobre a hora diurna, no trabalho executado entre às 22:00 de um dia e às 5:00 do dia seguinte, incidindo tal acréscimo sobre as horas prorrogadas, consoante orientação do Órgão Especial/TJRJ. CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.²⁵

Mandado de Injunção. **Pleito de reconhecimento judicial da omissão do Governador do Estado no tocante à normatização do direito constitucional ao adicional devido pelo trabalho noturno -- artigos 7º, IX e 39, §3º, ambos da CRFB e artigo 83, V da Constituição Estadual. Omissão legislativa caracterizada.** Suspensão do processo em face da admissão de IRDR pela Egrégia Seção Cível. Nos termos do art. 5º-A, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a competência da Seção Cível no julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é dos "recursos, remessas necessárias ou processos de competência originária de que provenha forem de competência das câmaras cíveis". Ademais, o tema versado no MI é de índole constitucional, de competência exclusiva do Tribunal, e não pode ser decidido por um de seus órgãos fracionários. Suspensão inadmissível. Pedido de regulamentação de inspetor da Polícia Civil que -- a despeito da edição da Lei Estadual nº 9.414, de 23 de setembro de 2021, que autoriza o Poder Executivo a conceder a majoração referida aos servidores da Polícia Civil - merece acolhimento, olhos postos na carência de um comando impositivo e de efetividade da referida lei a viabilizar o exercício de um direito constitucional. Regra do artigo 144, § 9º., da CR que não pode servir de obstáculo à pretensão posta, tanto mais que se constituiu numa autêntica "carona" que se pretendeu tomar na EC 19/98 que apenas intentava corrigir o desnível de vencimentos entre Ministros do STF decorrente do tempo a maior de serviço público prestado por um ou outro de seus membros. Ademais, o servidor policial, como o impetrante, não é membro de Poder, nem detém mandato eletivo, ou são Ministros de Estado e ou Secretários Estaduais e Municipais, em ordem a que fosse remunerado exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, de modo a que lhe fosse vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, como aliás já sucede com a própria magistratura cujos plantões exercidos concedem dias de férias, eventualmente convertidos em pecúnia indenizatória. Incidência analógica do art. 73 da

²⁵ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0062352-23.2022.8.19.0000. Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO - Julgamento: 30/01/2023 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 09/02/2023.

CLT, por se tratar de diploma mais adequado para suprir a omissão apontada, 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, inclusive sobre as horas prorrogadas, até que a legislação estadual discipline o tema, observado o art. 8.º, incisos I e II e art. 11, ambos da Lei 13.300/2016. Pretensão de cobrança de verbas pretéritas que deve ser deduzida em via própria, não admitida nesta sede em razão do objeto exclusivo do presente mandamus - a colmatação da norma constitucional carente de regulamentação. Precedentes do STF. Concessão parcial da ordem.²⁶

MANDADO DE INJUNÇÃO. Policial civil. Regime de plantão. Adicional noturno. Garantia individual. Direitos sociais. **Artigo 7º, IX, da CRFB e artigo 83, V da CERJ. Alegação de omissão legislativa. Posterior edição da lei estadual nº 9.414/2021, que autoriza o Poder Executivo a conceder adicional noturno aos servidores da polícia civil.** Novo regramento legal acerca da matéria, que não trouxe efetividade ao comando constitucional, pois condiciona o exercício pleno do direito ao estudo de impacto orçamentário e financeiro. Por ser uma garantia constitucional e, também, por se tratar de norma de eficácia plena, cujo exercício não se pode subordinar à discricionariedade administrativa, o adicional noturno deve ser concedido à parte impetrante. CONCESSÃO DA ORDEM.²⁷

MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INTEGRANTE DO QUADRO DA POLÍCIA CIVIL. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE MORA LEGISLATIVA QUANTO À REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO PREVISTO NO § 3º, DO ARTIGO 39, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 83, V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRELIMINARES. REJEITADAS. **RECONHECIMENTO DE OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO EM RELAÇÃO AO IMPETRANTE.** DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 73, DA CLT, QUE FIXA O ADICIONAL NOTURNO 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 05:00H (CINCO HORAS) DO DIA SEGUINTE, ATÉ QUE A LEGISLAÇÃO ESTADUAL DISCIPLINE O TEMA. A PRESENTE HIPÓTESE NÃO SE TRATA DE ALTERAÇÃO OU AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO, MAS TÃO-SOMENTE DE CONFIRMAÇÃO DE BENEFÍCIO JÁ ASSEGURADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE.

²⁶ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0053522-68.2022.8.19.0000. Des(a). MAURÍCIO CALDAS LOPES - Julgamento: 19/12/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 15/02/2023

²⁷ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0052186-63.2021.8.19.0000. Des(a). CELSO FERREIRA FILHO - Julgamento: 15/08/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 30/08/2022

PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.²⁸

MANDADO DE INJUNÇÃO INDIVIDUAL. SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ADICIONAL NOTURNO. **OMISSÃO LEGISLATIVA NA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO.** 1. Trata-se de mandado de injunção individual ajuizado por inspetor da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Alega o impetrante omissão legislativa quanto ao direito de adicional noturno, previsto nos artigos 7º, IX e 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 83, V, da Constituição Estadual. Pede a declaração da omissão e a condenação do impetrado ao pagamento do adicional referido. 2. Pedido de suspensão do feito em razão do ajuizamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) sobre o tema. Rejeição. Incidente ainda não admitido. Suspensão que não é automática ou obrigatória, dependente de decisão do Relator. Existência, outrossim, de IRDR anterior sobre o mesmo tema, que restou inadmitido. 3. Alegação de perda do objeto em razão da edição da Lei Estadual nº 9.414/2021. Lei meramente autorizativa, que não tem o condão de disciplinar o tema e, portanto, de superar a alegada lacuna legislativa. 4. 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. 5. 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 previstos constitucionalmente em virtude da falta de norma regulamentadora. 6. 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. 7. Reestruturação dos quadros da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro pela Lei Estadual nº 3.581/2001, com a absorção aos vencimentos da gratificação criada pela Lei nº 330/80, que não supera o pleito pela

²⁸ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0050689-77.2022.8.19.0000. Des(a). LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO - Julgamento: 19/09/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 21/09/2022.

implantação do adicional noturno. Indenização ao trabalhador noturno, pelo maior desgaste que sofre em relação ao horário diurno, que não ocorreria com a simples "aglutinação" de verbas anteriormente concedidas ao vencimento, considerando o caráter pro labore faciendo do adicional. 8. Art. 144, §9º c/c o art. 39, §4º, da Constituição Federal, a vedar o acréscimo de qualquer gratificação ou adicional aos policiais civis, que não afasta o direito em tela, considerando a inteligência da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 970.823, (repercussão geral). 9. Aplicação analógica do art. 73 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Julgado análogo ao dos autos por este Egrégio Órgão Especial: Mandado de Injunção nº 0021713-56.2005.8.19.0000. 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 5:00h (cinco horas) do dia seguinte. CONCESSÃO PARCIAL DA INJUNÇÃO.²⁹

Destarte, diferentemente, do alegado pela douta Procuradoria do Estado, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é a via adequada à pretensão alvitrada, porque não há norma que regulamenta a remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno, sendo certo que a absorção das gratificações prevista pelo artigo 3º da Lei nº 5.348/2008 não tem o condão de afetar este benefício, uma vez que não se encontra nele elencado:

Art. 3º - As vantagens abaixo indicadas, percebidas a qualquer outro título, natureza ou denominação pelos servidores beneficiados por esta Lei, ainda que já tenham sido integradas, por qualquer modo ou motivo, a remuneração ou aos proventos dos respectivos beneficiários, ficam absorvidas e extintas pelo vencimento-base estabelecido pelo artigo 2º, caput desta Lei:

I - Gratificação de Atividade Perigosa instituída pela Lei nº 1.659, de 07 de junho de 1990;

II - Gratificação de Encargos Especiais e Adicional instituídos pelo Decreto nº 16.675, de 28 de junho de 1991;

III - Premiação em Pecúnia instituída pelo Decreto nº 23.293, de 02 de julho de 1997, paga a título de Gratificação de Encargos Especiais;

IV - Abono Linear concedido pelo Decreto nº 24.455, de 01 de julho de 1998;

²⁹ BRASIL. TJRJ. MANDADO DE INJUNÇÃO 0048184-16.2022.8.19.0000. Des(a). CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 26/09/2022 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL. Data de Publicação: 29/09/2022.

V - Gratificação de Lotação Prioritária autorizada pelo processo administrativo nº E-06/10.793/2000;

VI - Gratificação de Encargos Especiais autorizada pelo processo administrativo nº E-21/10.194/2003, no caso dos servidores não ocupantes de cargo em comissão ou função gratificada;

VII - Gratificação de Encargos Especiais autorizada pelo processo administrativo nº E-21/10.126/2005;

VIII - Gratificação de Encargos Especiais instituída pelo Decreto nº 37.909, de 30 de junho de 2005, alterada posteriormente pelo Decreto nº 0.992, de 24 de outubro de 2007;

IX - Qualquer outra vantagem não descrita acima, denominada Gratificação de Encargos Especiais, com exceção daquela concedida pelo Decreto nº 38.258, de 16 de setembro de 2005.

§ 0 - Fica vedada a concessão de qualquer Gratificação de Encargos Especiais aos beneficiários desta Lei, excetuadas aquelas decorrentes do exercício de cargo em comissão de função gratificada e a concedida pelo Decreto nº 30.258, de 16 de setembro de 2005.

§ 2º - A absorção e extinção de vantagens estabelecida no caput deste artigo se darão gradualmente, na razão da implementação do acréscimo e conforme o disposto no artigo 8º desta Lei.

Ora, a simples supressão de todos os direitos sociais, por meio da aglutinação de sua expressão econômica em uma importância única, é incapaz de remunerar os diversos ocupantes do cargo de acordo com as condições de efetivo exercício de suas funções.

Importante frisar que não se cogita, na presente hipótese, de transgressão à Súmula Vinculante nº 37 do Supremo Tribunal Federal, porque a hipótese não é de alteração ou aumento de remuneração do servidor público, mas - **tão somente** - de concretização de direito já assegurado no ordenamento jurídico vigente, como assentado em linhas transatas.³⁰

Outrossim, inexistente violação ao disposto nos artigos 20 a 22³¹ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),

³⁰ Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

³¹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

uma vez que o presente *decisum* não se baseia, exclusivamente, na aplicação de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, mas, sim, em normas jurídicas positivadas.

De mais a mais, diversamente, do alegado pela Procuradoria Geral do Estado, o fato de algumas categorias de servidores estaduais desempenharem seu *munus* em regime de plantão, ao contrário de outros, não inviabiliza o reconhecimento do direito de todos à percepção da remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno, ressalvada a disciplina específica que haverá de ser aquinhoadada a cada uma, porque cuida-se verba de natureza salarial, mas majorada em razão do exercício do trabalho em circunstâncias mais gravosas, que expõe o trabalhador a maior desgaste no período noturno e, assim, indiferente a quantidade de horas de intervalo para descanso do plantão.

Sob esta inteligência, consolidou-se a jurisprudência do 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.³²

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"

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

³² BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1310929/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013.

(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.³³

O Mestre português Canotilho afirma que, para ganhar significado autônomo e relevante, a omissão legislativa deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.³⁴

Na esteira do artigo 5º, §1º, da Carta Outubrina, “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Assim sendo, se um princípio ou direito encartado na Constituição não estiver sendo aplicado por falta de lei que o regulamente, o texto constitucional não precisa dizer expressamente que refiro ato legislativo deverá ser editado, pois é o que se depreende, de forma inelutável, da disciplina dos direitos fundamentais, tal como lançada na Lei Maior, sob pena de tornar letra morta seus próprios preceitos.

E considerar que, ao estipular a Constituição remuneração maior ao trabalho noturno em relação ao diurno, mas não o adicional hábil a concretizá-la, implicaria no esvaziamento normativo das disposições constitucionais, o que não se pode admitir sob a hodierna hermenêutica, que perquire a efetividade máxima dos direitos fundamentais.

Corroborada, portanto, a necessidade de critérios específicos e constitucionalmente previstos para a regulamentação da remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno, **imperativo seja suprida a omissão legislativa**, com base nos fundamentos supra expostos e na esteira do parecer ministerial de fls. 131-145 (000131):

Nesse cenário, a representação merece parcial procedência para que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, sejam os Representados cientificados no sentido de que adotem as medidas necessárias à concretização do texto constitucional, no prazo a ser assinalado por este órgão Especial.

³³ BRASIL. STJ. REsp 1292335/RO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 917.

E considerando que a Constituição Federal foi promulgada, em 05/10/1988, e a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em 05/10/1989, está, patentemente, e evidenciada a mora, caracterizada pelo decurso do prazo de mais de 30 (trinta) anos, sem encaminhamento de projeto de lei pelo Poder Executivo, nos termos do artigo 03, § 2º, da Constituição Federal e artigo 162, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

.DA NÃO APLICAÇÃO DE EFEITOS CONCRETISTAS À PRESENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Nesta seara, inviável a atribuição de efeitos concretistas à presente declaração de inconstitucionalidade por omissão, com aplicação de norma regulamentadora com conteúdo similar ao perquirido, pois a abrangência da ação não permite que se aplique norma já existente por analogia enquanto não editado ato disciplinador próprio.

Ao contrário do deliberado nos Mandados de Injunção já impetrados e concedidos neste Tribunal com efeitos concretistas, conforme colacionados em linhas recuadas, nos quais se determinou a aplicação por analogia do artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) enquanto não regulamentada a remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno por ato próprio dos poderes competentes, fazê-lo, no caso em riste, implicaria em atribuir o mesmo tratamento (adicional de 20%) a categorias inteiramente distintas, abrangendo tanto as que labutam à noite, porque submetidos ao regime de plantão, quanto aqueles que fazem horas extras eventuais em período noturno, conferindo-se tratamento homogêneo a situações heterogêneas, em franco malferimento ao princípio da isonomia (artigo 5º, caput, CRFB/88).

Daí, não será deferido um dos pleitos iniciais, articulado a fls. 14 (item 000002), de aplicação do artigo 73 da Consolidação das Leis do Trabalho, enquanto não editada a norma hábil a suprir a omissão, a todas as distintas classes de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que tal providência implicaria em uniformização indevida de tratamento a categorias muito diferentes em termos de regime de trabalho e especificidades laborais e remuneratórias.

Correta a Procuradoria do Estado, conseqüentemente, quando afirma, em seu memorial, que "(...) *por todas essas razões, mesmo na hipótese de procedência desta ação – ora admitida apenas para argumentar -, o caso concreto deve ser julgado à luz dos precisos limites delineados pelo art. 103 §2º, da CRFB, há muito consolidados na jurisprudência do e. STF, limitando-se esse d. Órgão Especial a declarar eventual mora que se vislumbre neste caso concreto e a fixar prazo para o envio de projeto de lei pelo Representado, abstendo-se de determinar a aplicação das normas invocadas pelo Representante ou qualquer outra de que se possa cogitar.*" (página 09) (grifo nosso)

Em arremate, conforme bem asseverado pelo Ministério Público: "Apesar de haver decisões, tanto deste E. Órgão Especial, quanto do STF, ampliando os efeitos das decisões em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, não se pode olvidar que o caso em questão se trata de omissão parcial, tendo em vista as inúmeras compensações existentes a servidores que desempenham trabalho noturno." (fls. 142, item 000131).

Por fim, conquanto seja tendência assente na hodierna hermenêutica constitucional a conferência de efeitos concretistas à declaração de inconstitucionalidade por omissão, referida medida, na hipótese, será rejeitada, dada a abrangência da representação *sub examine* a todo o serviço público civil estadual, o que recomenda o julgamento da parcial procedência da ação para declarar a existência de mora legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em razão da ausência de norma legal que regulamente o adicional noturno, conforme artigo 83, V, da Constituição Estadual, fixando-se o prazo razoável de 180 (cento e oitenta) dias para a edição de norma imprescindível à concretização do mencionado dispositivo.

.DO REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL E DA INOCORRÊNCIA DE CRIAÇÃO DE DESPESAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Para colmatar o exame do mérito, é de rigor analisar o argumento que a adesão do Estado do Rio de Janeiro ao Regime de Recuperação Fiscal da Lei Complementar nº 159/2017, considerando o estado de calamidade financeira declarado, em 2016 e agravado pela Pandemia de Covid-19, inviabilizaria a procedência da presente representação.

As tratativas entabuladas pelo Estado do Rio de Janeiro para sua adesão ao Regime de Recuperação Fiscal são um

fato, bem como as medidas estruturantes adotadas no Estado. Inobstante, não restou demonstrado que o pagamento da remuneração do trabalho noturno superior à do labor diurno a que os servidores fazem jus, em valor ainda a ser determinado, conforme regulamentação que o Legislativo estadual haverá de editar no prazo azado, será capaz de criar riscos ao Estado do Rio de Janeiro, com prejuízo para toda a coletividade.

Cumprido trazer à baila considerações lançadas pelo Des. Eduardo Abreu Biondi no julgamento de apelação no bojo de ação de conhecimento em que inspetor penitenciário estadual perquiria justamente o adicional pelo trabalho noturno: *"Por fim, também não podem ser acolhidos os argumentos do apelante no sentido de que a ausência de norma regulamentadora do adicional noturno inviabiliza a fruição do direito requerido e de que o regime de recuperação fiscal do Rio de Janeiro impede a concessão do requerido pelo autor. **Prosseguindo-se, tem-se como pacífico na jurisprudência que a concretização de um direito social pelo Poder Judiciário não pode ser obstaculizada pela omissão legislativa prolongada do ente federativo, cumprindo-se ressaltar que o regime de recuperação fiscal do estado do Rio de Janeiro não impede a prolação de sentenças e demais decisões contra a Fazenda Pública.**"*³⁵

À derradeira, descabe arguir vulneração à súmula vinculante n.º 37 do Supremo Tribunal Federal (*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*), pois, nos moldes alinhavados no capítulo anterior, a vertente representação será julgada parcialmente

³⁵ EMENTA: APELAÇÃO. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUTOR QUE É INSPETOR PENITENCIÁRIO E BÚSCA A CONCESSÃO DO ADICIONAL NOTURNO, DE 20% SOBRE A HORA TRABALHADA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO ESTADO. 1. Da análise da controvérsia posta aos autos, nota-se que o adicional noturno possui previsão na Constituição da República, no art. 7º, inciso IX e 39, § 3º, e na Carta Magna do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 83, inciso V. Ademais, mister se faz ressaltar que o cabimento do adicional noturno aos inspetores penitenciários já foi enfrentado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no mandado de injunção nº 0030459-48.2021.8.19.0000, ocasião na qual foi fixada a mora legislativa do Estado do Rio de Janeiro em relação à regulamentação do adicional, determinando-se a fixação do adicional noturno em 20%, com base na posição concretista em mandado de injunção adotada pelo STF e no art. 73, da CLT. 2. Também descabe a argumentação de que a gratificação de encargos especiais equivale ao adicional noturno. 3. Outrossim, não podem ser acolhidas as alegações do apelante de inaplicabilidade da súmula nº. 213 do STF e de que o regime de plantão afasta a aplicação do adicional noturno, vez que a referida súmula se encontra em consonância com o espírito da atual Carta Magna e foi editada quando já estava em vigor a CLT. No mais, o regime de plantão não afasta o recebimento do adicional noturno aos inspetores penitenciários, consoante o fixado no mandado de injunção supramencionado e no mandado de injunção nº. 0062421-36.2014.8.19.0000. 4. **Por fim, o regime de recuperação fiscal ao qual o Estado do Rio de Janeiro está submetido não impede a prolação de sentenças e acórdãos contra a Fazenda Pública.** 5. Precedentes jurisprudenciais. 6. Desprovimento da apelação. Majoração dos honorários. (BRASIL. TJ-RJ - APL: 03139688420218190001 202200163448, Relator: Des(a). EDUARDO ABREU BIONDI, Data de Julgamento: 13/10/2022, VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/10/2022)

procedente, com a expedição de mandamento de supressão da omissão legislativa em prazo adequado, sem ditado de conteúdo, tampouco, especificação de alíquotas ou criação de despesas pelo Poder Judiciário, incumbindo aos poderes competentes a elaboração tempestiva da norma em cada caso, sob o prisma das particularidades das variadas categorias de servidores, no pleno exercício de seu *munus* constitucional e do interesse da Administração Pública.

DISPOSITIVO

VOTO, ASSIM, NO SENTIDO DE REJEITAR AS PRELIMINARES E JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO PARA DECLARAR A EXISTÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL QUE REGULAMENTE O DIREITO FUNDAMENTAL À REMUNERAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO SUPERIOR À DO LABOR DIURNO, CONFORME ARTIGO 83, V DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, FIXANDO-SE O PRAZO RAZOÁVEL DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA A EDIÇÃO DE NORMA IMPRESCINDÍVEL À CONCRETIZAÇÃO DO MENCIONADO DISPOSITIVO.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2023.

DENISE VACCARI MACHADO PAES
DESEMBARGADORA RELATORA