

Nota Técnica WAA/SM nº 05/2012

SEDUFMS. Situação dos professores lotados no CESNORS/FW. Pretensão de pagamento do adicional de penosidade em razão do exercício de atividades em área de fronteira. Análise da viabilidade.

Trata-se de análise solicitada pela **SEDUFMS – Seção Sindical dos Docentes da UFSM** acerca da viabilidade de pleitear o pagamento de adicional de penosidade em razão do exercício de atividades em área de fronteira aos docentes lotados no **CESNORS/ Frederico Westphalen**.

Seguem, então, considerações sobre a temática proposta.

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressa a garantia de vários direitos sociais, muitos deles insertos em normas não auto-aplicáveis.

Tais normas, chamadas por José Afonso da Silva de normas de eficácia limitada, *“não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”*¹.

Nessa classificação, enquadra-se a norma constitucional instituidora do direito social consistente à percepção do adicional de penosidade, previsto no artigo 7^a, inciso XXIII da Constituição:

¹ **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 73.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
[...]

Como visto, a norma referida assegura a concessão do adicional citado, mas remete à lei a regulamentação do mesmo. O direito à percepção deste adicional havia sido estendido aos servidores públicos pela redação original do artigo 39, § 2º da CF:

Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.
[...]

§ 2º **Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, IX, XII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX.**
[...]

Ante a garantia constitucional então vigente, o estatuto dos servidores públicos (Lei n. 8.112/90, Regime Jurídico Único dos Servidores Federais - RJU), repetiu a previsão de concessão do adicional de penosidade, definindo, apenas de forma incipente, as hipóteses de incidência do mesmo:

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: *(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*
[...]

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;
[...]

Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.

Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Cabe referir que, com a edição da Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/98, a redação do dispositivo constitucional que assegurava a concessão do adicional de penosidade aos servidores públicos foi alterada, passando a ser a seguinte:

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.

[...]

Como visto, a emenda constitucional citada retirou, do dispositivo que previa quais os direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores em geral seriam também aplicáveis aos servidores públicos, a referência expressa ao inciso XXIII do artigo 7º da Constituição Federal. Dessa forma, deixou de haver a previsão constitucional do direito dos servidores ao adicional de penosidade.

Entretanto, tal supressão não significou a retirada do direito dos servidores públicos à percepção do adicional, pois já a têm assegurada através de seu Regime Jurídico Único – Lei 8.112/90. A doutrina, ao tratar da alteração constitucional, reconhece tal situação:

Vê-se que a emenda aprovada não mais fala sobre o regime jurídico único e a isonomia e não assegurou aos servidores públicos o disposto no art. 7º, incisos VI e XXIII, que dizem, respectivamente, com irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo, e adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei. A garantia de irredutibilidade, contudo, está assegurada no art. 37, XV. **Em relação ao adicional, a supressão da previsão constitucional não revoga, desde já, o regime jurídico único, nem os estatutos locais que remunerem o serviço público nessas condições. Apenas deixou de haver a garantia constitucional, o que quer dizer que, se o legislador quiser, pode, por meio de lei, revogar a possibilidade.**²

Diante do até aqui exposto, tem-se que as normas que tratam do adicional em questão revelam que a vantagem está prevista para os

² PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma Administrativa:** o Estado, o Serviço Público e o Servidor. 2. ed. rev. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 199-200.

servidores que venham a ter exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem. O dispositivo, entretanto, pende de regulamentação, pois remete aos “*termos, condições e limites fixados em regulamento*”.

Nessa esteira, pertinente mencionar que a Lei 8.270, de 17/12/1991, criou a Gratificação Especial de Localidade – GEL, que possuía as características de adicional de penosidade, visto que prevista para as mesmas hipóteses:

Art. 17. Será concedida gratificação especial de localidade aos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, conforme dispuser regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo no prazo de trinta dias. ([Regulamento](#)) ([Vide Lei nº 9.527, de 1997](#))

Parágrafo único. A gratificação de que trata este artigo:

- a) é calculada com base nos percentuais de quinze por cento sobre o vencimento do cargo efetivo, no caso de exercício em capitais, e de trinta por cento, em outras localidades;
- b) não se incorpora ao provento de aposentadoria ou disponibilidade;
- c) não serve de base de cálculo de contribuição previdenciária;
- d) ([Vetado](#)).

A norma em questão foi regulamentada pelo Decreto 493, de 10/04/1992, nos seguintes termos:

Art. 1º A Gratificação Especial de Localidade referida no [art. 17, da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991](#), será concedida aos servidores da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais em exercício em zonas de fronteiras ou nas localidades referidas no Anexo a este Decreto.

§ 1º A gratificação de que trata este artigo incide sobre o vencimento do cargo de provimento efetivo nos seguintes percentuais:

- a) quinze por cento, no caso de exercício em capitais;
- b) trinta por cento, no caso de exercício em outras localidades.

§ 2º O pagamento da gratificação é devido a partir do inciso do exercício do servidor na localidade para que foi designado, cessando com o seu deslocamento da localidade ou quando da exclusão desta da relação constante do Anexo a este Decreto.

§ 3º Os servidores já domiciliados nessas localidades passam a perceber a referida vantagem a partir da publicação deste Decreto.

§ 4º A vantagem de que trata este Decreto não se incorpora aos proventos da aposentadoria ou disponibilidade, nem servirá de base de cálculo para a contribuição previdenciária.

Art. 2º Considera-se localidade, para efeito do disposto no art. 1º, as áreas de difícil acesso, inóspitas, e de precárias condições de vida constantes da relação em Anexo.

Parágrafo único. O deslocamento do servidor para ter exercício em outra localidade, por necessidade do serviço e em caráter temporário, não implicará em perda da gratificação de que trata este Decreto.

Art. 3º A gratificação de que trata este Decreto somente será concedida a servidores que se encontrem no efetivo exercício do cargo de provimento efetivo, nas localidades especificadas no Anexo.

Parágrafo único. Consideram-se como de efetivo exercício, para efeito deste artigo, os afastamentos em virtude de:

- a) férias;
- b) casamento;
- c) luto;
- d) licença para tratamento de saúde, licença à gestante ou decorrente de acidente em serviço;
- e) licença-prêmio por assiduidade;
- f) serviço obrigatório por lei.

Art. 4º A gratificação de que trata este Decreto não poderá ser percebida cumulativamente com outras vantagens semelhantes.

Art. 5º A critério do Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil, poderão ser feitas inclusões ou exclusões de localidades para os efeitos deste Decreto.

Parágrafo único. O Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil poderá, mediante ato próprio, incluir ou excluir localidades relacionadas no Anexo a este Decreto.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Contudo, a gratificação foi extinta pela Lei 9.527, de 10/12/1997:

Art. 2º Ficam extintas as gratificações a que se referem o item VI do Anexo II do Decreto-Lei nº 1.341, de 22 de agosto de 1974, o item V do Anexo IV da Lei nº 6.861, de 26 de novembro de 1980, o Anexo I do Decreto-Lei nº 1.873, de 27 de maio de

1981, e o art. 17 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991.

[...]

Dessa forma, não há, na atualidade, normas legais regulamentando o pagamento do adicional de penosidade.

Veja-se que a alteração da redação do art. 39 da Constituição Federal, anteriormente referida, implicou que tenha deixado de haver a previsão constitucional do direito dos servidores públicos ao adicional de penosidade.

Isso significa que, atualmente, não dispõem os mesmos do mecanismo do Mandado de Injunção para forçar a regulamentação da vantagem em questão. De fato, tal medida só se aplica quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI da CF/88), mas não para direitos previstos em legislação infraconstitucional.

Em suma: atualmente não há disciplina legal suficiente à concessão do adicional em comento. As normas em vigor não prevêm, por exemplo, quais são as condições de vida, em determinadas localidades, que justificam a concessão do adicional e qual o percentual e a forma de incidência deste. Assim, a despeito da previsão em lei ordinária, o referido adicional continua sem aplicabilidade imediata, eis que aquela não lhe dotou de requisitos para tanto.

Conseqüência disso é que a concessão do direito resta inviabilizada. Tal situação apenas pode se reverter à medida que for publicada a regulamentação em questão, visto que o Poder Judiciário, por força do princípio da separação de poderes, tem entendimento sedimentado no sentido de que não pode se imiscuir na competência dos Poderes Legislativo e Executivo para expedir regulamentos.

Os julgados a seguir transcritos ilustram tal entendimento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE - GEL. EXTENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E SÚMULA N.º 339/STF. ART. 535. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. DESCABIMENTO.

1. A despeito do inciso X do art. 65 da LOMAN prever o pagamento aos magistrados da "Gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei", constata-se a inexistência de lei regulamentadora específica.

2. Diante da ausência de lei específica regulamentadora do inciso X do art. 65 da LOMAN, bem como de norma determinando a aplicação subsidiária do regime dos Servidores Públicos Federais Cíveis, é inviável, nos termos da Súmula n.º 339/STF, a extensão da "Gratificação Especial de Localidade", concedida em caráter geral aos servidores públicos civis pela Lei n.º 8.270/91, sob pena de ofensa ao Princípio da Legalidade Estrita, ao qual está o administrador público vinculado.

3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

(STJ, 5ª Turma, EDRESP 425195, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 06/08/2007)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GDATA. GDPDTAS. GDPGPE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. ATO DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. INOCORRÊNCIA.

1. O Poder Judiciário não pode substituir os Poderes Executivo e Legislativo, no exercício de atribuições que lhes são próprias e indelegáveis, sob pena de vulnerar o Princípio da Separação dos Poderes.

2. Não tem cabimento a indenização decorrente de omissão legislativa, quando não configurada a responsabilidade civil do Poder Público, pela falta de regulamentação dos critérios gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho, para a percepção em percentual máximo das gratificações de que tratam as Leis nºs 10.404/02, 11.357/04 e 11.784/08, quais sejam, a GDATA, a GDPDTAS e a GDPGPE.

3. Inexistência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil: a) existência do dano; b) ação do agente comissiva ou omissiva; c) nexos de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo (do causador do dano) e o prejuízo causado.

4. Apelação improvida.

(TRF da 5ª Região, 1ª Turma, AC 200981000073889, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, DJe 30/04/2010)

ADMINISTRATIVO. FUNCIONALISMO. SERVIDORES DE NÍVEL MÉDIO LOTADOS EM SETORES DE ARRECADAÇÃO DO INSS. GEFA. ISONOMIA, EM RELAÇÃO À GRATIFICAÇÃO, COM PROCURADORES AUTÁRQUICOS DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 37, XII, E 39, PARÁGRAFO 1º. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA OU CONCEDENTE DA VANTAGEM. DECRETO-LEI Nº 2.357/87. LEI Nº 7.787/89. LEI Nº 8.538/92. SÚMULA Nº 339-STF.

I. O art. 39, parágrafo 1º, da Carta da República depende de regulamentação infraconstitucional, consoante os termos expressos da aludida norma, de sorte que não pode o Judiciário, mormente em face da Súmula nº 339 do E. STF,

estender vantagens, caso da Gratificação de Estímulo à Fiscalização e Arrecadação (GEFA), percebida pelos Procuradores Autárquicos do INSS, na forma da Lei nº 8.538/92, a servidores de nível médio ainda que exerçam suas atividades no setor de arrecadação do INSS.

II. Precedentes do C. STF e do TRF da 1ª Região.

III. Apelação improvida.

(TRF 1ª Região, 1ª Turma, AC 9601358803, Rel. Juiz Velasco Nascimento, DJ 04/02/1999)

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - SERVIDORES DO DNOCS - FUNÇÕES DE DIREÇÃO E ASSISTÊNCIA INTERMEDIÁRIA (DAI) E DE DIREÇÃO INTERMEDIÁRIA (DI) TRANSFORMADAS EM FUNÇÃO GRATIFICADA (FG) - LEI Nº 8.216, DE 13 DE AGOSTO DE 1991 - AUSÊNCIA DE REGULAMENTO - PRECEDENTE DO STJ - OMISSÃO NÃO CONFIGURADA - PRESSUPOSTOS AUSENTES.

[...]

2. O r. acórdão embargado, depois de analisados os dispositivos legais pertinentes à matéria, com base em precedentes de nossos Tribunais, inclusive do Colendo STJ, no sentido de que: **enquanto não regulamentada a Lei 8.216/91, que extinguiu as Funções de Assistência Intermediária - DAÍ e Funções de Direção Intermediária DI criando Funções Gratificadas - FGS, não pode o Judiciário atuar como legislador, determinando o pagamento das novas gratificações**, nos moldes da nova lei aos funcionários que permaneceram no exercício das funções acima referidas, perfilhando o posicionamento pacificado, também, nesta Egrégia Corte, conforme precedente a seguir:

[...]

(TRF 5ª Região, 1ª Turma, EDAC 990544940001, Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro, DJ 29/08/2008)

Embora não tenham sido encontrados precedentes específicos sobre a situação do adicional de penosidade, o fato que a situação é análoga às versadas nos precedentes colacionados, daí sendo possível concluir que o entendimento do Judiciário será o mesmo.

Conclusões

A análise da questão proposta deixa claro que o direito ao adicional de penosidade continua previsto na legislação infraconstitucional, mas exige regulamentação para sua aplicabilidade.

Contudo, em razão do princípio da separação de poderes, bem como em vista do entendimento jurisprudencial sobre questões análogas, evidencia-se a inviabilidade de propor demanda judicial para pleitear o pagamento da vantagem em questão.

Cabe à entidade consulente, se assim entender, envidar esforços junto aos poderes Executivo e Legislativo para que promovam a regulamentação do adicional de penosidade, visto ser essa a única forma de obter o pagamento da vantagem.

É o que temos a anotar, s.m.j.

Santa Maria, 30 de janeiro de 2012.

Luciana Rambo
OAB/RS52.887

Heverton Renato M. Padilha
OAB/RS 74.807-B