



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80 - 5º ANDAR, São Paulo - SP - CEP
01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1049745-79.2014.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Coletivo - Adicional de Insalubridade**
 Requerente: **Sindicato dos Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária de São Paulo**
 Requerido: **Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniilo Mansano Barioni**

Vistos.

SINDICATO DOS AGENTES DE ESCOLA E VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE SÃO PAULO impetrou o presente mandado de segurança contra ato do **SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**, alegando, em síntese, que os adicionais de insalubridade pagos aos agentes transferidos de unidade em virtude do interesse público vem sendo suspensos quando das transferências, até que nova avaliação seja realizada, sem reconhecimento ao recebimento retroativo, havendo reimplantação somente após a avaliação, ainda que outros agentes da unidade destinatária já recebam o adicional. Aduz que o agir da administração é ilegal, na medida em que vulnera o princípio da razoabilidade, pois o pagamento não depende da verificação das condições pessoais do agente, mas sim do local de trabalho. Requer a procedência do pedido para que não haja mais a cassação do pagamento de adicional de insalubridade aos agentes quando removidos, até sobrevir eventual laudo de avaliação das condições de trabalho. Juntou documentos.

Indeferida a liminar, a autoridade coatora, instada, afirmou ser parte ilegítima e, no mérito, defendeu a sistemática adotada.

O Ministério Público disse não haver interesse em manifestar-se no feito.

É o relatório. Fundamento e Decido:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80 - 5º ANDAR, São Paulo - SP - CEP
01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

A preliminar de ilegitimidade não merece acolhida.

Com efeito, o impetrado prestou informações, além de suscitar ilegitimidade, ingressou no mérito para defender o ato impugnado, fazendo incidir, desta forma, a teoria da encampação.

Este o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: *"Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimidade ad causam passiva."* (RoMs, n.º17.889/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 07.12.2004).

No mérito, contudo, a segurança deve ser em parte concedida.

Com efeito, a sistemática adotada pelo art. 3º-A, introduzido à Lei Complementar Estadual nº 432/85 pela Lei Complementar Estadual nº 835/97, no sentido de que *"o adicional de insalubridade produzirá efeitos pecuniários a partir da data da homologação do laudo de insalubridade."*

Não há dúvida, e isto sequer se discute, que o adicional de insalubridade constitui direito líquido e certo a todo agente que estiver exposto a atividade insalubre. Redundância conveniente para expressar que a legalidade não se exprime, ao contrário do que sustenta a autoridade coatora na defesa do ato, à aplicação de dispositivo legal conceitualmente teratológico e engendrado tão só pela conveniência dos cofres públicos, fincada esta em inconstitucionalidade palmar.

Reconhecido um direito, e aqui não há dúvida que está, seja por inferência Constitucional, seja pelo que deflui do próprio artigo 1º da própria Lei Complementar Estadual nº 432/85.

Impossível lógica e juridicamente, ao menos sob a ótica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80 - 5º ANDAR, São Paulo - SP - CEP
01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

constitucional, a afirmação de um direito e a sonegação "dos efeitos pecuniários" dele decorrentes, pois aí, às escâncaras, deflagrar-se-á o nítido economizar às custas do servidor tolhendo-lhe subversivamente direito manifesto, líquido e certo, de receber adicional exatamente por prestar serviços em local insalubre.

O indigitado Laudo e, pior ainda, a homologação dele, atos de império executáveis ao bel prazer da administração, exatamente quem, ao fim e ao cabo, edita a norma e pretende economizar com base na norma que edita, tudo às custas do servidor, **à toda evidência não produz efeitos constitutivos, mas declaratórios de condição preexistente.**

O problema, contudo, ao que se infere dos autos, não se resume à consequência em si da norma acima referida, mas da peculiar interpretação, essa grosseiramente aviltante do princípio da razoabilidade, que deve permear todo e qualquer ato ou interpretação administrativa e é tão caro à Constituição da República, no sentido de suspender o pagamento de tal adicional a todo e qualquer agente transferido a unidade outra.

Os transferidos são Agentes de Escolta e Vigilância penitenciária. O adicional em comento é devido em razão do local em que trabalha, e não em razão de sua condição pessoal propriamente. Os estabelecimentos penitenciários do Estado, embora numeros (mas ainda insuficientes), já tem estudo (ou laudo homologado) devidamente elaborado, e em cada qual há agentes já trabalhando, que percebem ou não dito adicional.

Poderia a autoridade coatora ter trazido aos autos informação nesse sentido. Não o fez.

De todo modo, esdrúxulo imaginar, e se a desculpa (esfarrapada) para tal desiderato for o princípio da legalidade tangenciaremos as raias da loucura, que um agente que sai de São Paulo, por exemplo, percebendo o adicional, e é transferido para Martinópolis, tenha só pela transferência cessados pagamentos de dito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80 - 5º ANDAR, São Paulo - SP - CEP
01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

auxílio mesmo que agentes de mesma função em exercício no mesmo local o recebam, até que novo laudo seja feito e homologado.

Ora, se agentes de mesma função e em exercício no mesmo local recebem regularmente o adicional a presunção é de que o local para o qual o agente foi transferido é insalubre, não o contrário. Em suma, a cessação não atende à Constituição da República, não atende à Lei, não atende ao princípio constitucional da razoabilidade, não atende à lógica elementar, senão à conveniência estulta, sovina, ilegal e inconstitucional da administração.

Vamos às hipóteses possíveis, portanto, para fins de sistematização, e adiante observaremos as limitações do provimento jurisdicional possível nesta via:

A) O agente não recebe o adicional, e é transferido a estabelecimento onde os demais agentes em semelhante local e em exercício na mesma função recebem: deveria de pronto ter iniciado o pagamento do adicional, pois inserido no mesmo contexto dos demais agentes, de que o local é insalubre (corolário elementar do princípio da igualdade).

B) O agente recebe o adicional e é transferido para local onde os demais agentes em semelhante local e em exercício na mesma função recebem: não poderá haver cessação do pagamento;

C) O agente recebe e é transferido para local onde os demais agentes em semelhante local e em exercício na mesma função não recebem: a cessação poderá ocorrer, até laudo que eventualmente disponha em contrário.

D) O agente não recebe e é transferido para local onde os demais agentes em semelhante local e em exercício na mesma função não recebem: nada mudará.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80 - 5º ANDAR, São Paulo - SP - CEP
01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Evidentemente o alcance deste mandado de segurança não permite a abordagem de todas as hipóteses, pois por natureza objeto específico, qual seja, *"... ser adotado novo procedimento dentro da Secretaria de Administração Penitenciária para que não haja mais a cassação do pagamento de adicional de insalubridade aos Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária quando removidos até sobrevir eventual laudo de avaliação das condições de trabalho."* (fls. 10).

Ante o exposto, **CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA** para determinar à autoridade coatora que se abstenha de fazer cessar o pagamento do adicional de insalubridade aos agentes de escolta e vigilância penitenciária quando transferidos forem de uma unidade a outra em que os agentes de mesma função e mesmo local de exercício já percebam dito adicional. Custas na forma da Lei. Sem condenação em honorários, incabíveis a teor do art. 25 da Lei nº 12016/09. Sentença sujeita ao reexame necessário.

PRIC

São Paulo, 11 de agosto de 2015.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**