

JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO

Trata-se de incidente em recurso repetitivo para uniformizar a jurisprudência na seguinte questão jurídica: **"O Agente de Apoio Socioeducativo da Fundação Casa tem direito ao adicional de periculosidade, em razão da exposição permanente ao risco de sofrer violência física?"**.

O Exmo. Relator traz exposição similar ao IRR que trata do adicional de insalubridade do agente de apoio técnico da fundação Casa, inclusive em face do objeto do pagamento de adicionais e adentra na peculiaridade das atividades e atribuições do cargo de Agente de Apoio Socioeducativo para entender que por deter participação ativa na aplicação de medidas socioeducativas, e na garantia da segurança no ambiente da Fundação casa, pela exigência de que os Agentes, se necessário, realizem a interceptação de qualquer tentativa de rebelião, cabe o adicional de periculosidade. Alerta também sobre documento informativo que "sintetiza orientações sobre o uso de força e coerção física na rotina dos Agentes de Apoio Socioeducativo, referindo, inclusive, que é admitido "o uso da força ou de instrumentos de coerção em casos excepcionais, esgotados ou fracassados todos os demais meios de controle e apenas pela forma expressamente autorizada e descrita por lei ou regulamento".

Destaca:

Ao contrário do alegado pelo Procurador do Estado de São Paulo, Pedro Luiz Tiziotti, e pelo Assessor Jurídico da Fundação Casa, Pablo Moitinho de Souza, em audiência pública, o pagamento do adicional de periculosidade não estigmatiza ou rotula os adolescentes internos de "perigosos", mas visa a indenizar, mediante compensação, o risco em potencial a que estão sujeitos os Agentes de Apoio Socioeducativo no cumprimento das missões do cargo e não a efetiva ocorrência de danos - embora estes, por vezes, ocorram - como demonstrado a partir da própria documentação apresentada pela Fundação Casa.

Tese: **I** - O Agente de Apoio Socioeducativo (nomenclatura que, a partir do Decreto nº 54.873 do Governo do Estado de São Paulo, de 06.10.2009, abarca os antigos cargos de Agente de Apoio Técnico e de Agente de Segurança) faz jus à percepção de adicional de periculosidade, considerado o exercício de atividades e operações perigosas, que implicam risco acentuado em virtude de exposição permanente a violência física no desempenho das atribuições profissionais de segurança pessoal e patrimonial em fundação pública estadual. **II**. Os efeitos pecuniários decorrentes do reconhecimento do direito do Agente de Apoio Socioeducativo ao adicional de periculosidade operam-se a partir da regulamentação do art. 193, II, da CLT em 03.12.2013 - data da entrada em vigor da Portaria nº 1.885/2013 do Ministério do Trabalho, que aprovou o Anexo 3 da NR-16".

Apresentei meu entendimento já proferido na c.ª Turma sobre a matéria, conforme a seguir.

A controvérsia é referente ao pagamento do adicional de periculosidade ao empregado da Fundação Casa que exerce função de agente de apoio socioeducativo.

O art. 193 da CLT, cuja redação foi alterada pela Lei nº 12.740/2012, delimita o que deve ser considerado atividade perigosa:

- Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

(...)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012) -.

Assim, o direito ao adicional de periculosidade está atrelado ao enquadramento da atividade no rol taxativo a ser regulamentado pelo

Ministério do Trabalho e Emprego, nos moldes do Anexo 3 da Norma Regulamentar nº 16.

O Anexo 3 prevê as atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. Assim define:

1. As atividades ou operações que impliquem em exposição dos profissionais de segurança pessoal ou patrimonial a roubos ou outras espécies de violência física são consideradas perigosas.

2. São considerados profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os trabalhadores que atendam a uma das seguintes condições:

a) empregados das empresas prestadoras de serviço nas atividades de segurança privada ou que integrem serviço orgânico de segurança privada, devidamente registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça, conforme lei 7102/1983 e suas alterações posteriores.

b) empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta.

3. As atividades ou operações que expõem os empregados a roubos ou outras espécies de violência física, desde que atendida uma das condições do item 2, são as constantes do quadro abaixo:

Vigilância patrimonial (segurança patrimonial e/ou pessoal na preservação do patrimônio em estabelecimentos públicos ou privados e da incolumidade física de pessoas);

Segurança de eventos (Segurança patrimonial e/ou pessoal em espaços públicos ou privados, de uso comum do povo);

Segurança nos transportes coletivos (Segurança patrimonial e/ou pessoal nos transportes coletivos e em suas respectivas instalações);

Segurança ambiental e florestal (Segurança patrimonial e/ou pessoal em áreas de conservação de fauna, flora natural e de reflorestamento);

Transporte de valores (Segurança na execução do serviço de transporte de valores);

Escolta armada (Segurança no acompanhamento de qualquer tipo de carga ou de valores);

Segurança pessoal (Acompanhamento e proteção da integridade física de pessoa ou de grupos);

Supervisão/fiscalização Operacional (Supervisão e/ou fiscalização direta dos locais de trabalho para acompanhamento e orientação dos vigilantes);

Telemonitoramento/ telecontrole (Execução de controle e/ou monitoramento de locais, através de sistemas eletrônicos de segurança).

Importante atentar para o que expressamente delimita o item 3 supratranscrito: as atividades ou operações que expõem os empregados a roubos ou outras espécies de violência física, DESDE QUE ATENDIDA UMA DAS CONDIÇÕES DO ITEM 2.

Ou seja, ainda que se pretenda considerar que o agente de apoio socioeducativo esteja exposto a “violência extrema”, como referiu o eg. Tribunal Regional, mencionando as atribuições para o cargo previstas no edital do concurso público (“Garantir as condições ideais de segurança e proteção dos profissionais e adolescentes de forma ininterrupta, de acordo com o artigo 125 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, através de acompanhamento, observação e contenção, quando necessário, visando evitar tentativas de fuga individuais ou coletivas e movimentos de indisciplina. Atuar de maneira pró-ativa perante o trabalho, buscando atitudes voltadas para a aplicação das medidas socioeducativas. (...) Participar da segurança externa nas perimetrais e portarias dos Centros de Atendimento, zelando pelo patrimônio público e evitando entrada de objetos que possam comprometer a segurança. Realizar de forma sistemática revista individual nos adolescentes, servidores, bem como nos familiares quando necessário, garantindo assim Participar de reuniões multidisciplinares, setoriais ou por convocação, segurança e proteção”), certo é que o autor não se enquadra no item 2, “a” e “b”, que pressupõem que seja empregado de prestadora de serviços de segurança privada em empresa devidamente registrada e autorizada conforme Lei 7.102/83 OU empregado que exerça suas atividades de segurança patrimonial ou pessoal em “instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta”.

A função do agente de apoio socioeducativo é de natureza disciplinadora, educativa, com atribuições na área de socialização dos adolescentes infratores, sendo a Fundação CASA órgão que se destina à execução de medidas socioeducativas, não se enquadrando na hipótese

prevista no inciso II do art. 193 da CLT, não havendo hipótese legal que respalde a pretensão.

Assim, não basta ao agente de apoio o exercício das atividades mencionadas pelo eg. Tribunal Regional, faltando-lhe a tipificação necessária de que trata o art. 193 da CLT.

Por relevante, menciono que o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região vem perfilhando desse entendimento desde 11/12/2015, com a edição da Súmula 43: *"O agente de apoio socioeducativo da Fundação Casa - SP não tem direito ao adicional de periculosidade previsto no artigo 193, II, da CLT, uma vez que suas atividades laborais não se enquadram no Anexo 3, NR 16, da Portaria nº 3.214/78"*.

As funções inerentes à atividade desses agentes de apoio encontram-se assentadas nos precedentes do eg. TRT que deram redação à Súmula regional, donde se extrai:

E a autora não atende a nenhuma das condições previstas na norma acima transcrita. A autora é empregada da Fundação Casa, contratada para o cargo de agente de apoio sócio-educativo e, segundo o perito, realiza a contagem das jovens e adolescentes internas. Acompanha as internas enquanto estão em salas de aula, refeitório, cursos variados, hospitais, no ambulatório interno e durante o banho. Faz revistas individuais e nos dormitórios. Atua na resolução de brigas e já foi ferida (fl. 79). Então, não se nega que as atividades da autora estejam ligadas à segurança e também não há dúvida de que a atual situação das unidades de internação de adolescentes está longe daquela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, não é esse o fator determinante da periculosidade, mas sim o correto e preciso enquadramento da atividade dentre aquelas enumeradas no Anexo 3 da Norma Regulamentadora 16.

A análise das matérias judicializadas que chegam ao Tribunal tem pela natureza da atividade jurisdicional a direta vinculação à legislação que trata da matéria, sendo a Constituição Federal a base sobre a qual se realiza a entrega da jurisdição.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão,

subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

No entanto, o Exmo. Ministro também ressalta o cuidado que o judiciário deve ter quando interpreta a Constituição, para que não se afaste da vontade política própria das normas legais existentes:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.¹

Dispõe a Súmula Vinculante 37 do STF:

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

Necessário afirmar que a questão que envolve a realidade das instituições como a Fundação Casa demanda iniciativa legislativa, não incumbindo ao poder judiciário imputar adicional de periculosidade quando não previsto em lei ou na norma regulamentadora.

O que se verifica da realidade desses locais, realmente, é uma atividade socioeducativa regida por normas mais duras em face da rotina específica e do cuidado com os menores com

¹ https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf

restrição de liberdade, sendo que o aspecto educacional e terapêutico nesse regime de privação da liberdade, acaba por trazer situação em que se pretende dar o mesmo tratamento dos vigilantes em presídio, já que os agentes de apoio em algumas situações tem necessidade de realizar contenção desses menores, com o fim de inibir fuga e rebelião.

No entanto, foge à norma legal a possibilidade de tratamento isonômico entre as categorias, para o fim de assemelhar a atividade desses agentes com aquela inerente ao presídio.

Ressalte-se que em razão da natureza especial da atividade, esses agentes já recebem a GRET – Gratificação por Regime Especial de Trabalho, que lhes confere um adicional de 30% no salário-base sendo a parcela paga a todos indistintamente, apenas pelo trabalho no órgão.

Firmaria, portanto, a seguinte tese jurídica acerca do tema:

Fundação Casa. Agente de apoio socioeducativo. Adicional de periculosidade. Artigo 193, II, da CLT. NR 16, anexo 3, da Portaria nº 3.214/78. Indevido. O agente de apoio socioeducativo da Fundação Casa – SP não tem direito ao adicional de periculosidade previsto no artigo 193, II, da CLT, uma vez que suas atividades laborais não se enquadram no Anexo 3, NR 16, da Portaria nº 3.214/78

Essas as razões pelas quais apresentei minha divergência sobre o tema, no sentido de não cabimento do pagamento de adicional de periculosidade aos agentes de apoio socioeducativos da Fundação Casa.

Brasília, 14 de outubro de 2021.

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA
Ministro