



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000005082

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032314-31.2022.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é apelado DORIVAL ALEXANDRE DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente) E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

MÔNICA SERRANO
Relator
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL nº 1032314-31.2022.8.26.0577 - São José dos Campos

APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

APELADO: DORIVAL ALEXANDRE DE FREITAS

VOTO Nº 27616

APELAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Município de São José dos Campos – Servidor efetivo investido no cargo de porteiro/zelador - Pretensão de recebimento do adicional de insalubridade no período de janeiro/2018 a 01/02/2022 – Sentença de procedência – Apelação da municipalidade – Insalubridade em grau médio comprovada por prova técnica – Adicional de insalubridade que deve ser calculado sobre o salário-mínimo estadual – Inteligência dos arts. 60 e 220 da LCM nº 56/92 e art. 192 da CLT – Acolhimento do pedido subsidiário – Sentença parcialmente reformada – **Recurso parcialmente provido.**

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de São José dos Campos** em face da r. sentença (fls. 743/749) que deu procedência à ação para condenar a municipalidade ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio (20% sobre o salário base), com reflexos financeiros sobre as férias, terço constitucional de férias e décimo-terceiro salário.

Em síntese, aduz o apelante que, nos autos de nº autos nº 1014282-75.2022.8.26.0577 (fls. 540/542), não foi reconhecido o suposto desvio de função no período de 12/05/2018 e 31/01/2022, de forma que a pretensão de percepção de adicional de insalubridade neste período ficaria prejudicada. Subsidiariamente, aduz que a sentença foi *ultra petita* ao estabelecer que o adicional de insalubridade seja pago sobre 20% do salário base, pugnando pela adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional, em conformidade com a legislação municipal.

Contrarrazões apresentadas (fls. 780/788).

Recurso tempestivo e com isenção de preparo.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação de natureza ordinária proposta por **Dorival Alexandre de Freitas** em face do **Município de São José dos Campos** tendo por objeto a concessão do adicional de insalubridade no período de janeiro/2018 a fevereiro/2022.

Cinge-se a controvérsia recursal acerca da exposição do servidor a agentes insalubres durante o período pretendido, bem como, subsidiariamente, a respeito da correta definição da base de cálculo do adicional de insalubridade.

O direito à percepção do adicional de insalubridade e periculosidade tem previsão constitucional no art. 7º, XXIII, da CF/88, sendo classificado como direito fundamental do trabalhador:

“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;”

Trata-se, portanto, de um direito dos trabalhadores que prestam serviços em atividades insalubres ou perigosas a receber uma compensação financeira pelo desempenho de atividades destas naturezas.

Neste caminho, no intuito de garantir proteção aos servidores públicos de todos os entes da federação, o legislador, pela EC 19/98, incluiu o art. 39, §3º, da CF/88, que estendeu diversos direitos previstos no artigo 7º, da Constituição Federal aos servidores ocupantes de cargo público.

No entanto, o dispositivo mencionado, estabeleceu um rol de direitos mínimos, sendo possível (e recomendável) que os entes federados assegurem outros direitos aos seus servidores, além dos previstos de forma exemplificativa neste rol.

Assim, o próprio adicional de insalubridade é um exemplo desta possibilidade de alargamento da proteção ao servidor público, porquanto apesar de não estar expressamente previsto no art. 39, §3º, da CF/88, o servidor público poderá recebê-lo desde que a legislação do ente público garanta tal direito.

In casu, no âmbito do Município de São José dos Campos, a concessão do adicional de insalubridade e periculosidade aos servidores públicos encontra fundamento legal no art. 58 e seguintes da LCM nº 56/92, *in verbis*:

“Art. 58. Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional fixado em lei.

§ 1º O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade 1 deverá optar por um deles.

§ 2º O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa à sua concessão.

Art. 59. Haverá permanente controle da atividade de servidores em operações em locais considerados penosos, insalubres ou perigosos.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

§ 1º A servidora gestante 1 ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso, mediante laudo médico oficial. (Parágrafo único transformado em § 1º pela Lei Complementar nº 134, de 04 de dezembro de 1995)

§ 2º O servidor deverá ser informado pelo SESMT - Serviço Especializado de Segurança do Trabalho, por escrito, sobre a natureza e o risco das substâncias e processos de produção de seu setor, bem como sobre as medidas que são adotadas para prevenção de acidentes e doenças do trabalho. (Dispositivo incluído pela Lei Complementar nº 134, de 04 de dezembro de 1995)

§ 3º O servidor somente ficará exposto em atividade habitual e permanente nos locais de trabalho descrito no parágrafo anterior se o SESMT (Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho) garantir por escrito a existência de E.P.C. (Equipamento de Proteção Coletiva) ou a doação de E.P.I. (Equipamento de Proteção Individual) que eliminem os agentes agressivos. (Dispositivo incluído pela Lei Complementar nº 134, de 04 de dezembro de 1995)

Art. 60. Na concessão dos adicionais de insalubridade, de periculosidade e de atividade penosa, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.

Art. 61. Os locais de trabalho e os servidores que operam com Raios X ou substâncias radioativas serão mantidos sob controle permanente, de modo que as doses de radiação ionizante não ultrapassem o nível máximo previsto na legislação própria.

Parágrafo Único. Os servidores a que se refere este artigo serão obrigatoriamente submetidos a exames médicos a cada 6 (seis) meses.”

Com a finalidade de dirimir a controvérsia, foi determinada a produção de laudo pericial judicial (fls. 668/683) que concluiu pela presença de insalubridade em grau médio nas atividades exercidas pelo autor nos termos a seguir:

“O requerente exerceu as seguintes funções no período imprescrito: i) atendimentos em recepção à pacientes diversos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana, sem existir a triagem do tipo e quadro do paciente a ser atendido, sem a proteção e separação dos pacientes por barreiras acrílicas, de vidros ou outro material; ii) atendimentos à pacientes diversos de estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana, no período da pandemia de COVID-19, para a entrega de frascos novos de armazenagem de urina para exame.

O autor manteve contato permanente com pacientes, com riscos de portarem ramseníase, tuberculose, COVID-19, entre outras doenças infectocontagiosas.

A requerida não apresentou as fichas de EPI's distribuídos para o requerente, o que deixou de eliminar e/ou neutralizar os riscos oriundos dos agentes detectados (biológicos), como o caso de adoecimento através da aproximação e/ou compartilhamento de instalações físicas com pessoas portadores de doenças infecto-contagiosas, sob a transmissão e/ou recepção dos vírus e bactérias transmissíveis pelo ar e/ou gotículas de saliva, de agentes biológicos de classes de risco 2, 3 e 4 conforme Anexo I da NR-32, como exemplo: i) pneumonia, ii) meningite, iii) poliomielite, iv) sarampo, v) caxumba, vi) conjuntivite, vii) pediculose, viii) sarna ou escabiose, ix) tinea corporis; x) COVID-19.

Deste feito, o requerente exerceu atividades em ambiente considerado insalubre devido aos agentes biológicos, sem a eliminação e/ou neutralização dos respectivos agentes, com contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas que buscavam atendimentos e que deveriam estar em isolamento, ensejando adicional de insalubridade a ser pago, em grau médio, equivalente a 20% (vinte por cento) incidente sobre o salário mínimo da região, conforme disposto no Anexo nº 14 da NR-15.” Grifou-se.

A prova técnica foi objeto de complemento, no qual se reafirmou a exposição do autor a agentes insalubres, *in verbis*:

“Conforme resposta ao quesito nº 1 do item 6 do laudo pericial, e quesitos nº 1 e 2 do item 7 do laudo pericial, de fls. 676, 678, as partes informaram que **o autor atuava como recepcionista de pacientes em geral na recepção da UBS Parque Novo Horizonte, sem barreiras de proteção dos pacientes; que no período de pandemia de COVID-19 entre 03/2020 a 08/2021 laborou com a coleta de formulário de**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exames de sangue e entrega de frascos esterilizados para pacientes do tipo idosos, cadeirantes, portadores de COVID-19, tuberculose, ramseniase, e outras doenças.

Conforme resposta ao quesito nº 4 do laudo pericial de fls. 676/677, **a funcionária paradigma Sra. Ingrid Cristina Miguel Fernandes, CPF nº 361.014.418-14, recepcionista da unidade periciada, lotada na unidade desde 01/10/2022, informou que recebe adicional de insalubridade.**” Grifou-se.

Desta feita, resta comprovado que o autor esteve exposto a agentes insalubres no exercício das funções de zelador/porteiro, notadamente pelo contato permanente com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas sem a devida proteção ou comprovação de fornecimento de EPIs eficazes pela municipalidade.

Ressalta-se que a presente demanda versa exclusivamente a respeito da concessão do adicional de insalubridade no período indicado na peça exordial, sendo irrelevante ao deslinde da presente ação a inexistência de desvio de função, conforme o julgamento da ação de autos nº 1014282-75.2022.8.26.0577. Inclusive, a prova técnica restringiu-se a analisar as funções efetivamente desempenhadas pelo autor nesse lapso temporal, as quais, consigna-se, coincidem com a atividade de zelador e porteiro.

Noutro turno, o pedido subsidiário merece acolhimento.

A r. sentença determinou a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário-base do autor, entretanto, a legislação municipal estabelece que, enquanto não houver regulamentação no âmbito municipal, a verba deve ser calculada na mesma forma da legislação federal, desta feita, cabível a aplicação da norma jurídica inscrita no art. 192 da CLT, vejamos:

“LCM nº 56/92:

Art. 60. Na concessão dos adicionais de insalubridade, de periculosidade e de atividade penosa, serão observadas as

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

situações estabelecidas em legislação específica.

Art. 220 Até a edição da lei a que se refere o artigo 60, a concessão do adicional de insalubridade e de periculosidade será regulado pelo que dispuser a legislação federal específica.

Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43):

Art. 192 - **O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.”** Grifou-se.

Isso posto, de rigor a reforma da r. sentença para determinar que o adicional de insalubridade em grau médio seja calculado sobre o salário mínimo estadual.

Por oportuno, traz-se precedentes, *mutatis mutandis*, deste C. Tribunal de Justiça acerca da matéria em discussão:

APELAÇÃO – Procedimento Comum – Servidor público – Município de São José dos Campos – **Pretensão ao pagamento de adicional de insalubridade calculado sobre o vencimento base, afastando-se o salário-mínimo da base de cálculo - Impossibilidade – Vantagem calculada sobre o salário-mínimo – Artigo 220 da Lei Complementar Municipal nº 56/92 c.c. 192 da CLT - Vedação de substituição por decisão judicial - Súmula Vinculante nº 4, do C. STF – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.** (TJSP; Apelação Cível 1034124-75.2021.8.26.0577; Relator (a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/07/2022; Data de Registro: 06/07/2022)

Funcionalismo – Agente Administrativo do Município de São José dos Campos – Percepção retroativa de adicional de insalubridade – **Laudo pericial conclusivo pelo exercício de atividade insalubre em grau médio pela exposição a agentes biológicos – Insalubridade reconhecida – Reflexos remuneratórios devidos – Julgamento extra petita –**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inocorrência – Mera incorreção quanto à base de cálculo do adicional que não acarreta julgamento fora dos limites do pedido – **Adicional que deve ser pago sobre o salário-mínimo e não sobre o salário-padrão** – Inteligência do art. 220 da Lei Complementar Municipal nº 56/92 e do art. 192 da CLT – Retroação dos efeitos do laudo pericial – Termo inicial do adicional remuneratório que deve ser o do efetivo início da servidora no exercício das atividades insalubres – Inaplicabilidade do PUIL nº 413/RS do A. STJ – Sentença de procedência mantida – Recurso da municipalidade e reexame necessário parcialmente providos (TJSP; Apelação Cível 1027542-88.2023.8.26.0577; Relator (a): Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/11/2024; Data de Registro: 26/11/2024)

Embargos de declaração. Alegada contradição quanto à existência de sentença extra petita, pois determinada como base de cálculo do adicional de insalubridade a remuneração, quando era calculado sobre o salário mínimo. Acatamento. Embora não arguida em apelação, a questão abarca matéria de ordem pública, cognoscível a qualquer tempo e grau de jurisdição. **Pedido inicial que se restringiu ao restabelecimento do adicional de insalubridade. Verba que era e sempre foi paga sobre o salário mínimo, conforme os artigos 60 e 220, da Lei Complementar Municipal nº 56/1992, e o artigo 192, da CLT. Declaratórios acolhidos para determinar a retomada do pagamento do adicional de insalubridade tendo como base o salário mínimo, e não a remuneração.** (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1003748-09.2021.8.26.0577; Relator (a): Jose Eduardo Marcondes Machado; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/07/2024; Data de Registro: 18/07/2024)

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida no recurso, ressaltando-se, consoante entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, que para tal finalidade é desnecessária a citação expressa a todos os dispositivos legais que tiveram seu conteúdo enfrentado (STJ, EDcl no RMS nº 18.205/SP, Quinta Turma, Relator Min. Felix Fischer, j. em 18.04.2006).

Do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso de apelação para acolher o pedido subsidiário.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MÔNICA SERRANO

Relatora