

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027053-17.2023.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante MUNICIPIO DE BAURU, é apelada SILVELENA DE FÁTIMA MINHANO AZEVEDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Não provimento da apelação do Município de Bauru e acolhida da remessa obrigatória, que se tem por interposta, apenas para afastar a incidência do adicional de insalubridade sobre o 13º salário, quinquênio e sexta-parte. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

RICARDO DIP

Relator

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Apelação Cível 1027053-17.2023.8.26.0071

Procedência: Bauru

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 62.857)

Apelante: Município de Bauru

Apelada: Silvelena de Fátima Minhano Azevedo

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. SERVENTE DE LIMPEZA. MAJORAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PARA O GRAU MÁXIMO.

- A instituição da vantagem monetária referente a atividades perigosas ou insalubres tem fundamento na previsão do inciso III do § 1º do art. 39 da Constituição federal de 1988, porque o sistema remuneratório dos servidores públicos deverá observar «as peculiaridades dos cargos» (neste sentido, cf., no STF, RE 565.714, j. 17-10-2008).

- A prova pericial convence da existência de insalubridade, em grau máximo, desde o início das atividades desempenhadas pela autora até quando houve a necessidade, após perícia médica realizada aos 17 de novembro de 2023, de «restrição funcional», o que levou à alteração dessas atividades a partir de 22 de janeiro de 2024, data da ciência pela servidora do resultado da perícia.

- A elaboração do laudo pericial é condição para receber o adicional de insalubridade, mas não causa constitutiva desse benefício.

Não provimento da apelação do Município de Bauru e acolhida da remessa obrigatória, que se tem por interposta, apenas para afastar a incidência do adicional de insalubridade sobre o 13º salário, quinquênio e sexta-parte.

RELATÓRIO:

Silvelena de Fátima Minhano Azevedo, servidora

pública municipal, titular do cargo de Servente de Limpeza, ajuizou a presente demanda contra a Municipalidade de Bauru, com o fim de obter majoração do adicional de insalubridade para o grau máximo (40%) sobre os seus vencimentos integrais, desde o exercício das atividades insalubres, respeitada a prescrição quinquenal, condenando-se a requerida ao pagamento dos valores em atraso, com os reflexos remuneratórios.

Após a realização de prova técnica (e-págs. 359-77 e 394-5), a r. sentença julgou parcialmente procedente a ação para

«condenar a requerida a proceder a inclusão do valor relativo ao adicional de insalubridade de grau máximo nos vencimentos da autora, bem como ao pagamento das parcelas vencidas, desde a data do início do exercício nas funções consideradas insalubres (levando-se em consideração que ela já percebia adicional no importe de 20%), respeitada a prescrição quinquenal até 22.01.2024, seus reflexos, corrigido monetariamente pela Tabela Emenda Constitucional 113/2021, sendo os valores serão apurados em fase de liquidação de sentença, e julgo extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais na proporção de 50% (cinquenta por cento) e honorários advocatícios que serão oportunamente fixados, nos termos do artigo 85, § 4º, II do CPC, na mesma proporção » (e-págs. 437-44).

Do decidido, apelou o Município de Bauru, alegando, em resumo, (i) que a autora não exerce atividades insalubres em grau máximo, (ii) que a demandante já recebe o benefício, em grau médio, no percentual de 20%, conforme laudo realizado pela

Administração local, (iii) que a requerente faz uso de equipamento de proteção individual, (iv) ser indevido o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo no período de 8 de julho de 2020 a 22 de janeiro de 2024, uma vez que a servidora estava com restrição funcional, (v) que é função do Serviço de Segurança e Higiene do Trabalho a elaboração da relação das atividades insalubres e (vi) que a base de cálculo para o pagamento do benefício é o valor fixo de R\$1.412,00, nos termos do Decreto local 7.800/2024 (de 24-5) e (vii) ser indevido o pagamento retroativo do adicional de insalubridade (e-págs. 462-84).

Respondeu-se ao recurso (e-págs. 490-9).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. O caso em tela atrai a remessa obrigatória em virtude do proferimento de sentença ilíquida contra a Fazenda pública.

2. A circunstância de a Constituição federal de 1988, no § 3º de seu art. 39, com a redação da Emenda constitucional 19/1998, mais não incluir, para a órbita dos servidores públicos, a obrigatoriedade do pagamento de vantagem remuneratória para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (cf. inc. XXIII do art. 7º), **não** significa proibição de que essa vantagem se conceda a esses servidores, por **normativa subconstitucional** (v. IVAN BARBOSA RIGOLIN, *O servidor público nas reformas*

constitucionais, Fórum, 3.ed., Belo Horizonte, 2008, p. 113-4).

De toda a sorte, a instituição desse benefício tem fundamento na previsão do inciso III do § 1º do art. 39 do vigente Código político, porque o sistema remuneratório dos servidores públicos deverá observar «as peculiaridades dos cargos» (nesse sentido, cf., no STF - RE 565.714, j. 17-10-2008).

Disso resulta a perseverante vitalidade da Lei 3.373/1991 (de 29-7) do Município de Bauru, com a sua redação original, que assim dispõe:

«Art. 32. Aos servidores que exerçam tarefas consideradas insalubres ou perigosas, nos termos das Normas Regulamentadoras NR-15 e NR-16 do Ministério do Trabalho, são pagos os seguintes adicionais:

I - de insalubridade, de 10, 20 e 40% (dez, vinte e quarenta por cento) da referência 01, da tabela para jornada de oito (8) horas ;

(...)

§ 1º. O Serviço de Segurança e Higiene do Trabalho da Prefeitura preparará relação das atividades insalubres ou perigosas com a graduação dos riscos, para efeito de concessão do adicional de insalubridade

(...)

§3º O direito ao adicional de insalubridade e periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa à sua concessão ou com o afastamento do servidor dessas atividades ».

3. A requerente, titular do cargo de Servente de Limpeza, admitida em 3 de agosto de 2011 (e-pág. 214), percebe adicional de insalubridade no grau médio (20%),

conforme se observa das fichas financeiras juntadas aos autos (e-págs. 232-46).

A prova pericial convence da existência de insalubridade, em grau máximo, desde o início das atividades desempenhadas pela autora até quando houve a necessidade, após perícia médica realizada aos 17 de novembro de 2023, de «restrição funcional», o que levou à alteração dessas atividades a partir de 22 de janeiro de 2024, data da ciência pela servidora do resultado da perícia.

Lê-se no laudo pericial:

*«Analisando os documentos apresentados pela requerente em fls. 334 a 337, bem como demais informações levantadas durante a diligência pericial, nota-se que **a requerente foi avaliada por perícia médica da requerida em que constatou restrição funcional, limitando suas atividades laborais a partir de 13/07/2020. No entanto após perícia datada em 17/11/2023, fl. 337, houve nova restrição funcional <limitando de maneira diversa de perícias anteriores suas atividades laborais>.** Considerando que a unidade em que a autora laborou é classificada como <portas abertas> , ou seja, não restringe seus atendimentos a casos específicos e determinados, e a autora foi a responsável pela higienização dos seus uniformes e EPIs, <contrariando as normas regulamentadoras e as boas práticas higienistas >, assim como descrito na NR 32.2.4.6.4, bem como de todos os ambientes da unidade. Apesar da norma considerar o grau máximo como sendo o trabalho desenvolvido em contato permanente com pacientes com doenças infectocontagiosas ou lixo urbano, é sabido e expressamente difundido no meio acadêmico que um ambiente insalubre não devidamente isolado e contido contamina todos os demais ao seu redor. **<Se considerarmos o alto fluxo de pessoas>**,*

levantados em fl. 308, mais de 17.800 procedimentos ambulatoriais registrados entre os meses de fevereiro a maio de 2024 (temos uma média aproximada de 4.450 atendimentos/mês), <é perfeitamente possível e plausível considerarmos a atividade exercida pela autora, do ponto de vista prático, como exposta a agentes insalubres em grau máximo >, principalmente porque é evidente a falta de procedimentos higienistas, e outros pontos como a ausência de treinamentos na área de saúde e segurança do trabalho, a necessidade de limpeza frequente de todos os ambientes internos na unidade, principalmente dos dois únicos banheiros para utilização do público em geral, bem como a troca das respectivas lixeiras . Considerando que <a NR 15 é expressa > em determinar que a <avaliação para agentes biológicos é qualitativa >, ou seja, independe de mensuração, e sim do ambiente laboral em que aquele colaborador está inserido, bem como a sumula 448 do Tribunal Superior do Trabalho, TST, diante de tudo o que foi exposto e observado considero, portanto, <a atividade exercida pela autora como grau máximo de insalubridade durante todo o período em que laborou na unidade periciada, limitado a data em que tomou ciência formal, bem como sua chefia imediata, das novas restrições funcionais, tal qual seja 22/01/2024 >, pelo fato de considerar as funções da autora análogas a industrialização, não no processo de destinação final mas sim na criação e manuseio de lixo hospitalar e material biológico humano, tais como dejetos e demais excrementos gerados neste ambiente laboral. <Posterior a data supracitado> , é possível considerarmos <as atividades exercidas como em grau médio de insalubridade >, haja vista a comprovação, por parte da requerida, do reconhecimento formal E material de sua restrição funcional de forma que manteve uma segunda colaboradora no quadro funcional da unidade, o que possibilitou a autora de seguir tal restrição/recomendação médica » (e-pág. 373 - a ênfase gráfica não é do original).

Os documentos juntados aos autos corroboram a conclusão do perito judicial, uma vez que a servidora foi submetida pela Administração local a três perícias médicas - em 8 de julho de 2020, em 5 de setembro de 2023 e em 17 de novembro seguinte. Ocorre que apesar de a servidora ter sofrido, desde a primeira perícia, restrição funcional, somente a partir de **22 de janeiro de 2024**, data da ciência da última perícia realizada, é que as atividades desempenhadas pela autora foram consideradas de grau médio pelo perito judicial (e-págs. 334-7).

Observa-se, ainda, que Municipalidade bauruense não apresentou documentos confirmando a entrega de equipamentos de proteção individual (e-pág. 347) e, ainda que houvesse essa prova, a utilização desses não faz cessar a insalubridade, como alega a apelante, mas apenas reduz os riscos da exposição, não sendo suficiente para afastar a percepção do adicional em tela, conforme asseverou o perito judiciário:

*« 3- Os EPIs têm capacidade de neutralizar em 100% os agentes insalubres?
R. Não » (e-pág. 374).*

4. A habitualidade da exposição da suplicante aos agentes insalubres não exige a nota de não intermitência. Basta que, costumeiramente, a função laboral se exponha aos agentes agressivos, sem que se recuse possível tempo intervalar em que não haja influxo dos fatores ofensivos.

Não se pode recusar, à luz da prova dos autos, que a demandante exercite suas funções, de modo habitual, sob a influência de agentes lesivos, moldando-se esse

quadro à normativa de regência das atividades perigosas e insalubres (NR-15), editada pelo Ministério de Estado do Trabalho.

5. Ao contrário do que alega a requerida, a elaboração do laudo é condição para perceber-se o adicional de insalubridade, mas não causa constitutiva desse benefício. A **condição** é, ao lado da ocasião, do hábito, da disposição e da causa, **princípio** dos entes; é o princípio necessário para que a causa possa exercer sua causatividade: da condição tem a causa necessidade para causar, mas ambas não se confundem, e, por isso, da condição se fala em concausa, ou seja: *cum causa*, o que está junto da causa, *removens prohibens causat*.

Nesse mesmo sentido, destaca-se de voto do saudoso Des. JOSÉ GERALDO BARRETO FONSECA, deste Tribunal de Justiça:

«O laudo que avalia e identifica a insalubridade não a constitui, mas a declara, de sorte que o direito ao recebimento do respectivo adicional deve ser estendido a servidor que exerce a mesma atividade já identificada como insalubre » (AC 196.961).

Esse adicional é uma vantagem pecuniária adquirida *pro labore facto*, cujo momento *a quo* é o da efetiva prestação funcional, nada obstante a posterior ocasião em que postulada ou a demora da administração pública em concedê-la, salva, quanto à primeira hipótese, a questão prescricional.

6. Por força do princípio da legalidade (*caput* do art. 37 do Código político), a remuneração dos servidores

somente pode fixar-se ou alterar-se por meio de lei específica, **não cabendo ao Judiciário atuar como legislador positivo**, alterando, à margem de lei, a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Nesse quadro, o pagamento da verba em pauta deve observar a Lei municipal 3.373/1991, com as alterações dadas pelas Leis locais 6.423/2013 (de 17-10), 7.681/2023 (de 25-4) e 7.800/2024 (de 24-5), que adotaram valores fixos como base de cálculo do benefício.

7. No que tange com a natureza do versado benefício, diz HELY LOPES MEIRELLES que a vantagem pecuniária relativa à atividade insalubre é gratificação de serviço, para compensar possibilidade de dano, sem que se torne constituinte do padrão de vencimento (*Direito administrativo brasileiro* . ed. Malheiros, 34.ed., São Paulo, 2008, p. 502-3).

O caráter transitório, portanto, do adicional de insalubridade afasta sua inclusão no 13º salário, no quinquênio e na sexta-parte, e também o excluiria das férias, não se dera que art. 37 da Lei bauruense 3.373/1991 (de 29-7) contenha previsão desse pagamento da vantagem.

8. Registra-se, em remate, para o prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo* , albergados nas questões decididas.

ISSO POSTO, pelo meu voto, nego provimento ao apelo da Municipalidade de Bauru e acolho a remessa obrigatória, que se tem por interposta, apenas para afastar a incidência do adicional de insalubridade sobre o 13º salário, quinquênio e sexta-parte, mantendo-se, no mais, a r. sentença prolatada nos autos 1027053-17.2023 da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Bauru.

Em observância da norma do §11 do art. 85 do Código de processo civil, majoram-se em 1% os honorários advocatícios devidos ao patrono da requerente.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Des. Ricardo Dip –relator