

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000565-39.2019.8.26.0435, da Comarca de Pedreira, em que é apelante GIOVANNA BATAGLIOLI PASIN, é apelado MUNICÍPIO DE PEDREIRA.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário e ao apelo da Municipalidade e deram provimento ao recurso de apelação da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) E JARBAS GOMES.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

**AROLD VIOTTI**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**

VOTO Nº 47.645

APELAÇÃO Nº 1000565-39.2019.8.26.0435, de Pedreira

APELANTES E RECIPROCAMENTE APELADOS: GIOVANNA  
BATAGLIOLI PASIN e MUNICÍPIO DE PEDREIRA

JUÍZA 1ª INSTÂNCIA: IOHANA FRIZZARINI EXPOSITO

**Apelação. Reexame Necessário. Servidora Pública Municipal ocupante do cargo de “Auxiliar de Desenvolvimento Infantil”. Município de Pedreira. Pretensão ao recebimento do adicional de insalubridade em grau máximo e ao recálculo das horas extras recebidas. Laudo pericial a atestar que as atividades exercidas pela requerente são consideradas insalubres em grau máximo. Sentença de parcial procedência. Incidência das horas extras sobre a remuneração percebida pela servidora, correspondente ao vencimento padrão somado às vantagens efetivamente recebidas, excetuadas as verbas eventuais e por fator temporal, a fim de evitar o efeito cascata. Benefícios e forma de cálculo previstos na Lei Municipal 1745/1994. Consectários legais que deverão observar o quanto decidido em caráter vinculante pelo STF no Tema 810 de Repercussão Geral e pelo STJ no Tema 905 de Recursos Repetitivos. Aplicação, por fim, do artigo 3º da E.C. 113, de 2021, a partir de 09.12.2021. Recursos oficial e da Municipalidade improvidos e recurso de apelação da autora provido.**

I. Ação de rito ordinário movida por GIOVANNA BATAGLIOLI PASIM em face do MUNICÍPIO DE PEDREIRA. Relata que é servidora pública municipal desde 2014, o cargo de “Auxiliar de Desenvolvimento Infantil”, e desempenha atividades insalubres, fazendo jus à compensação em seu patamar máximo. Afirma, ademais, que a Municipalidade calcula o pagamento de horas extras considerando somente o salário base, quando aduz que o pagamento deveria considerar o complexo remuneratório (salário base, quinquênio e gratificação de desempenho). Objetiva o reconhecimento de seu direito ao recebimento do adicional de insalubridade previsto na Lei Municipal nº 1.745/1994, em seu grau máximo (40%) e calculado sobre o salário-base, bem assim o recálculo de todas as horas extras, referentes ao quinquênio não atingido pela prescrição, com o pagamento das parcelas vencidas e reflexos nas demais verbas.

A r. sentença de fls. 363/367, de relatório adicionalmente adotado, julgou a ação parcialmente procedente, para “*para condenar o requerido ao pagamento à autora de adicional de insalubridade no montante de 40% sobre o vencimento do cargo efetivo, acrescido dos reflexos legais em horas extras, décimo terceiro, gratificações, adicionais, FGTS, adicionais por tempo de serviço (quinquênios), sexta-parte, dentre outras verbas recebidas com habitualidade,*

*observada a prescrição quinquenal. O pagamento do adicional de insalubridade deverá permanecer enquanto a autora exercer a função de auxiliar de desenvolvimento infantil e/ou persistirem as condições insalubres. As prestações em atraso serão pagas de uma só vez. Deve-se observar quanto aos índices de atualização monetária e de juros moratórios o exposto na fundamentação. CONDENAR a requerida, ainda, a apostilar a concessão do adicional de insalubridade no percentual de 40%, calculados sobre a remuneração da servidora pública” (textual – fl. 366). Carreou ainda à ré o pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) “do valor que deverão incidir sobre o montante das parcelas em atraso, observada as isenções legais no caso do requerido, quanto as custas e despesas processuais” (textual – fl. 366).*

Nas razões de fls. 374/390, apela a autora, buscando a reforma parcial do julgado e sustentando, em resumo, que restou incontroverso que o Município de Pedreira apenas quita as horas extras a partir do salário-base, desconsiderando o complexo remuneratório pago com habitualidade, ademais de ter apresentado defesa genérica a propósito da questão. Argumenta que, a despeito da disposição dos artigos 1126 e 144 do Estatuto dos Servidores, são inconstitucionais as disposições locais que estabelecem o salário-hora para fins de cálculo das horas extras considerando apenas o salário-base. Aduz que, diversamente do consignado na r. sentença, “*não há que se falar em ausência de fixação legal para essa fixação, vez que o artigo 7º, XVI, combinado com artigo 39, §3º, da Constituição Federal estabelece que o valor da hora extra deve corresponder no mínimo a 50% daquele da hora normal de trabalho*” (textual – fl. 382). Sustenta, assim, que a base de cálculo das horas extras deve considerar o salário-base, o quinquênio e a gratificação de desempenho. Requer, por fim, sejam majorados os honorários advocatícios sucumbenciais em face do trabalho adicional realizado em grau recursal.

O recurso foi contrariado a fls. 399/405, subindo os autos. Constatada a ausência de intimação eletrônica via portal da Municipalidade de Pedreira e a não superação do prazo para interposição do respectivo recurso de apelação, determinou-se à fl. 407 a restituição dos autos à origem para regularização e devolução do prazo.

Sobreveio recurso de apelação do Município de Pedreira. Nas razões de fls. 413/422, busca a reforma do julgado, argumentando, em suma: a) a indevida incidência do adicional “*sobre os vencimentos, mas sim sobre o vencimento da servidora, compreendido este como o padrão, por força das normas legais*

*estabelecidas na Lei Municipal nº 1.745/94” (textual – fl. 419); b) a inaplicabilidade das arguições de inconstitucionalidade referidas na r. sentença, uma vez que as condições dos servidores no Município de Pedreira não são as mesmas daqueles outros municípios, eis que o cálculo e o valor dos salários-base são diversos, bem assim as gratificações e respectivos fatos geradores.*

O apelo municipal foi contrariado pela autora a fls. 427/435. Este, em síntese, o relatório.

II. Por primeiro, nos termos do artigo 496, I, do CPC, e da Súmula nº 490, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e do EResp nº 701.306/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, j. 7.4.2010, DJE 19.4.2010, considera-se interposto o reexame necessário, uma vez que o valor da condenação é ilíquido.

A autora é servidora pública municipal ocupante do cargo de “Auxiliar de Desenvolvimento Infantil” no Município de Pedreira, desde setembro de 2014. Afirmar fazer jus ao recebimento do adicional em grau máximo (40%), uma vez que está habitualmente exposta a agentes insalubres, sem o oferecimento de EPIs para a realização das tarefas. Relata ademais, que a Municipalidade calcula o pagamento de horas extras considerando somente o salário base, quando aduz que o pagamento deveria considerar todo o complexo remuneratório (salário base, quinquênio e gratificação de desempenho). Pede o reconhecimento de seu direito ao recebimento do adicional de insalubridade em seu grau máximo (40%) e calculado sobre o salário-base, bem assim o recálculo das horas extras, referentes ao quinquênio não atingido pela prescrição, com o pagamento das parcelas vencidas e reflexos nas demais verbas.

A Lei Municipal 1.745/1994, que disciplina o Regime Jurídico dos Funcionários Públicos do Município de Pedreira, assim estabelece:

**“Art. 126. Será concedida gratificação:**

***I - pela prestação de serviços extraordinários;***

***II - pela execução de trabalho insalubre perigoso ou penoso;***

***(...)***

***Art. 129. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (Redação dada pela Lei nº 4068/2021)***

(...)

**Art. 132. As gratificações de que trata esta subseção serão assim fixadas:**

**I - O exercício de trabalho em condições insalubres, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo nacional vigente à época do pagamento, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.**

(...)

**Art. 133. O direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessa com a eliminação das condições ou riscos que deram causa à sua concessão. (Redação dada pela Lei nº 4068/2021)”.**

Determinou o Juízo a realização de prova pericial, para a qual nomeou um engenheiro de segurança do trabalho (fls. 271), com a apresentação de quesitos pela requerida (fls. 197) e pela autora (fls. 204/206).

Após vistoria no local de trabalho da autora, bem como análise das atividades por ela desenvolvidas, constatou o perito que “as funções exercidas pela reclamante durante o pacto laboral com a reclamada, GERA insalubridade por trabalhos e atividades desenvolvidas diariamente como Auxiliar de Desenvolvimento Infantil, como: banhos de crianças da Pré-escola, limpeza de secreções (narina), trocas de fraldas, contato com fezes, curativos, por estas atividades serem realizadas sem a utilização do EPI's principalmente luvas, não há registro de entrega de EPI's, no dia da perícia não tinha luvas disponível para uso das funcionárias a reclamante informou a esta perícia que sempre faltava EPI's e não há registro de treinamentos de uso de EPI's. Portanto gera o DIREITO, de acordo com o julgamento de V.Ex<sup>a</sup>, o direito de recebimento do adicional de “INSALUBRIDADE” em grau máximo Risco Biológico fungos, vírus e bactérias” (sublinhei - textual – fl. 296).

Consoante exposto no Laudo Pericial juntado a fls. 287/296, o rol de atividades da requerente-apelada é composto por (textual – fl. 289):

**“6.0 – DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES REALIZADAS PELO RECLAMANTE.**

*A reclamante exercia a função de “(Auxiliar de Desenvolvimento Infantil)”, sendo a descrição das suas atividades descritas pela reclamante.*

*A reclamante inicia suas atividades diária no berçário 1 e 2, com crianças de 04 meses a 1 (um) ano de idade; prepara as mamadeiras das crianças 07:00 hrs, após, dar atenção, desenvolver algumas atividades, brincar, e colocar para dormir.*

*Após dar mamadeira podia ocorrer de ter vômitos sendo necessário*

fazer a higienização e troca das roupas e fraude da criança.

Durante a jornada de trabalho poderia ocorrer de uma ou outra criança se machucar devidos quedas, escorregão entre outros, quando isto ocorria era necessário a reclamante fazer curativo se houvesse corte e também podia ocorrer da criança vir da residência com curativos sendo que era necessário trocar devido sujidade e ou na hora do banho.

Nas trocas de fraudas pode ocorrer o contato com fezes e urina e também na limpeza de secreção.

Cada Auxiliar cuida de 5 (cinco) crianças no berçário

O Sr. Perito perguntou para reclamante quais EPI's utilizam e se tem a disposição, a reclamante informou a esta pericia que quando tem EPI's utilizam luvas, no dia da Pericia verificamos que não tinha EPI's luvas a disposição das funcionárias, estavam trabalhando sem EPI's principalmente luvas.

A Reclamada não apresentou o controle de entrega de EPI's não sendo possível fazer outras avaliações não atendendo a NR 06 da lei 3.214/78.” (sublinhei).

Não há razão para arredar as conclusões do laudo produzido, certo, ademais, que a apelante não apresentou críticas substanciais ao trabalho do perito nem rebateu de forma técnica as suas conclusões.

Sabido que o Juiz não está adstrito ao laudo do perito, desde que possa validamente louvar-se em outros subsídios em detrimento da perícia oficial. A esse propósito a regra do artigo 479 c.c. artigo 371, ambos do Código de Processo Civil (“**Art. 479 - O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.**” c. c. “**Art. 371 - O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.**”). No caso dos autos, porém, nenhuma razão existe para se arredar as conclusões da prova técnica, diante da narrativa constante do laudo pericial.

Assim, diante da prova que se produziu, forçoso convir em que se acha demonstrado que a autora trabalhou e trabalha sob condições significativamente adversas, fazendo jus ao adicional de insalubridade em grau máximo previsto na Lei Municipal nº 1.745/1994.

O adicional de insalubridade é vantagem que guarda natureza vinculada ao exercício da função, quer dizer, é de natureza caracteristicamente

“*propter laborem*”. O laudo expôs de maneira discriminada as funções exercidas pela requerente, e consequentemente também o grau de insalubridade do trabalho desempenhado.

O direito à percepção do adicional inicia-se com o exercício de atividade considerada insalubre: depreende-se pelos contracheques juntados e da documentação acostada aos autos, que a autora está investida no atual cargo desde 03.09.2014 (fls. 18/20 e 116/117). O termo “a quo”, portanto, é a data na qual teve início a atividade do autor em condições insalubres, ressalvada a prescrição quinquenal, conforme entendimento jurisprudencial majoritário.

A não ser assim, atribuir-se-ia ao trabalho pericial uma eficácia constitutiva de direito, quando parece claro que sua função é a de constatar e reconhecer uma situação de fato pré-existente. Além disso, facultar-se-ia ao Poder Público protelar e ignorar indefinidamente uma situação laboral de insalubridade, com potencial estímulo ao demandismo.

E vale anotar, em atenção ao r. precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça em esfera de PUIL (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei) n. 413, que o V. entendimento, a par de em princípio não ser vinculativo da Justiça Comum, supõe uma presunção “de insalubridade em épocas passadas”, o que por certo não acontece na espécie sob exame, em que aquela situação de insalubridade está demonstrada, não presumida.

No que respeita à disciplina dos juros de mora – desde a citação – e da correção monetária – a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela –, observar-se-á o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 810 de Repercussão Geral e pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 905 de Recursos Repetitivos, como aliás já constou da minuciosa sentença. Observa-se, no entanto, que a partir de 09.12.2021 a atualização e também os juros de mora obedecerão ao critério estabelecido pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113, de 2021. Até a vigência da E.C. 113/21, aplica-se quanto aos juros de mora o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

A propósito da base de cálculo das horas extras, não merece persistir a r. sentença.

Consoante dicção dos artigos 127 e 128 da Lei Municipal nº

1.745/1994, que disciplina o regime jurídico dos funcionários públicos do Município de Pedreira:

***“Art. 127. O funcionário público ocupante de cargo de provimento efetivo, quando convocado para trabalhar em horário diverso de seu expediente, terá direito a gratificação por ser - viços extraordinários, ressalvado o disposto no §3º do artigo 121.”***

***“Art. 128. A gratificação será paga por hora de trabalho prorrogado ou antecipado que exceda o período normal do expediente, acrescido de cinquenta por cento do valor da hora normal de trabalho.***

***§ 1º Quando o serviço extraordinário for noturno, assim entendido o que for prestado no período compreendido entre as vinte e duas horas e às seis horas, o valor será acrescido de mais vinte e cinco por cento.***

***§ 2º Quando o serviço extraordinário for prestado em dias de feriados e de repouso remunerado, o valor será acrescido de 100% (cem por cento).”*** (sublinhei)

A hora extra, portanto, será paga com o acréscimo de “*cinquenta por cento do valor da hora normal de trabalho*”. E a hora “normal” deve ser interpretada sob o significado de parcela da remuneração, pena de vulneração dos artigos 7º, inciso XVI, e 39, § 3º, da Constituição Federal.

Isso significa que a base de cálculo da hora extra deve ser extraída dos “vencimentos integrais”, que se compõem, pois, não apenas pelo padrão, mas por todas as vantagens recebidas com habitualidade e regularidade, excluídas as eventuais e aquelas recebidas a partir de fator temporal de serviço, a exemplo dos quinquênios. Em outras palavras, a base de cálculo das horas extras corresponde ao vencimento padrão somado às vantagens efetivamente recebidas, salvo as eventuais e de caráter indenizatório e temporal, afastando-se, em consequência, a vedação prevista no artigo 116 da legislação local (***“Art. 116. As vantagens pecuniárias percebidas pelos funcionários serão pagas em parcelas destacadas, não incorporáveis e não serão computadas nem acumuladas para concessão quaisquer vantagens conferidas ao servidor”***).

Oportuno salientar que, na hipótese, inexistente ofensa aos artigos 37, inciso XIV, da Constituição Federal, e 115, inciso XVI, da Constituição Estadual. Aludidos dispositivos vedam o efeito “cascata” ou “repique”, segundo o qual, cada adicional temporal não pode ser calculado sobre benefício de igual natureza. “In casu”, o cálculo do serviço extraordinário sobre os vencimentos integrais não gera o referido “efeito cascata”, uma vez excluídas as verbas eventuais e aquelas recebidas a partir de fator temporal de serviço, estando livre, portanto, do risco de cálculos remuneratórios cumulativos.

Nesse sentido, o entendimento desta C. 11ª Câmara de Direito Público:

**“SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PEDREIRA. MOTORISTA DE AMBULÂNCIA - Pretensão ao recálculo de horas extras e de adicional noturno, com o pagamento das diferenças daí decorrentes, vencidas e vincendas, inclusive reflexos, com os consectários legais, respeitada a prescrição quinquenal Autor que cumpre jornada especial, em regime de revezamento de 12x36 - Hipótese em que a jornada mensal atinge no máximo 180 horas, de maneira que é inadequada a adoção do divisor de 180 para o cálculo do valor-hora, pena de redução inconstitucional de vencimentos - Base de cálculo das horas extras e do adicional noturno que deve incluir, além do salário padrão, as demais parcelas salariais, excetuadas as de caráter eventual, sob pena de violação aos artigos 7º, inciso XVI e 39, § 3º, da Constituição Federal - Alegação de pagamento a menor das horas extras efetivamente trabalhadas que não encontra amparo nas provas dos autos - Sentença de improcedência reformada em parte, com a condenação do Município ao recálculo das horas extraordinárias e do adicional de noturno, com a adoção do divisor de 180, e tomando-se por base de cálculo a somatória do salário padrão e demais parcelas salariais, além do pagamento das diferenças daí decorrentes. Recurso provido em parte.”** (TJSP, Apelação Cível 1001487-46.2020.8.26.0435, Rel. o Des. Oscild de Lima Junior, 11ª Câmara de Direito Público, j. 29/01/2024)

**“APELAÇÃO – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – Deferimento pelo MM. Juízo a quo – Comprovação da alegada hipossuficiência – gratuidade mantida. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – MUNICÍPIO DE PEDREIRA – COZINHEIRA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Impossibilidade – Laudo pericial que concluiu pela ausência de insalubridade – Prova pericial produzida sob o crivo do contraditório – Improcedência do pedido mantida. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – MUNICÍPIO DE PEDREIRA – HORAS EXTRAS – Possibilidade de incidência sobre a remuneração percebida pela servidora, excetuadas as verbas eventuais – Sentença mantida. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE – Redação do art. 3º da Emenda Constitucional nº 113/21 – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade que não poderia ser declarada incidenter tantum – Inteligência do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 10 do STF, que trata da cláusula de reserva de plenário. DÉBITOS EM ATRASO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – Deverão ser aplicados os índices definidos pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, até a modulação dos efeitos nas ADIs nº 4.357, 4.372, 4.440 e 4.425, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, e o decidido sobre o Tema nº 810/STF e Tema nº 905/STJ, com observação do art. 3º da Emenda Constitucional nº 113/21, cuja constitucionalidade foi ratificada pelo E. STF no julgamento da ADI nº 7.047/DF. PROCESSUAL CIVIL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – Caberá a cada parte remunerar o advogado da parte adversa – Art. 85, incs. I e IV do § 2º e § 3º, do CPC – Fixação postergada para a fase da execução, por ausência de parâmetros. CONFERE-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA E NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL E DO MUNICÍPIO.”** (TJSP; Apelação /

Remessa Necessária 1001559-67.2019.8.26.0435; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Pedreira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/11/2024; Data de Registro: 29/11/2024)

É devido, portanto, o pagamento das parcelas vencidas e vincendas relativas à alteração da base de cálculo das horas extras da autora, observada a prescrição quinquenal incidente.

Anote-se, ademais, que a correção monetária e os juros de mora serão calculados na forma do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 810 de Repercussão Geral, e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 905 de Recursos Repetitivos. E a partir de 09.12.2021 a atualização e também os juros de mora obedecerão ao critério estabelecido pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113, de 2021. Até a vigência da E.C. 113/21, aplica-se quanto aos juros de mora o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

**Assim, nega-se provimento ao reexame necessário e ao apelo da Municipalidade e dá-se provimento à apelação da autora para determinar o recálculo das horas extras da autora incidindo sua base de cálculo sobre os vencimentos integrais, excluídas as verbas eventuais e aquelas recebidas a partir de fator temporal de serviço. Mantida a r. sentença quanto ao mais.**

Por fim, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, necessário majorar a verba honorária advocatícia em um ponto percentual (1%) em relação àquela arbitrada pelo D. Juízo “a quo”.

III. Pelo exposto, negam provimento ao reexame necessário e ao apelo da Municipalidade e dão provimento ao recurso de apelação da autora, nos termos explicitados.

**Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.**

**AROLDO VIOTTI**