



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444081

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000989-29.2023.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante LEANDRO CARLOS EUGENIO, é apelado MUNICÍPIO DE OSVALDO CRUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento 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, 7 de maio de 2025.

MÔNICA SERRANO

Relatora

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL nº 1000989-29.2023.8.26.0407 - Osvaldo Cruz

APELANTE: LEANDRO CARLOS EUGENIO

APELADO: MUNICÍPIO DE OSVALDO CRUZ

VOTO Nº 28497

APELAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO – DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS, ADICIONAL NOTURNO, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E INTERVALO INTRAJORNADA – Servidor Público – Motorista - Sentença que julgou improcedente os pedidos autorais – Irresignação – Não acolhimento - Não há cerceamento de defesa, pois as testemunhas tinham interesse no litígio, conforme artigo 447, §3º, II, do CPC - O autor não comprovou a realização de horas extras além das já pagas, nem a fraude nos cartões de ponto - Ônus da prova das horas extras é do autor – art. 371, inciso I, CPC – O adicional de insalubridade pago corretamente em grau médio, conforme laudo pericial – Sentença mantida – **RECURSO NÃO PROVIDO.**

Trata-se de ação de conhecimento proposta por **Leandro Carlos Eugenio** em face do **Município de Osvaldo Cruz** pela qual busca o pagamento de diferenças de horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade e intervalo intrajornada.

Os pedidos foram julgados improcedentes, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. O magistrado de primeira instância entendeu que o autor não comprovou a realização de horas extraordinárias além das já remuneradas, que os adicionais noturnos pagos estavam corretos, que não havia provas da supressão do intervalo intrajornada e que o adicional de insalubridade estava sendo pago conforme determina a legislação aplicável (fls. 408/418).

Inconformado, o autor apresenta o presente recurso de

apelação alegando preliminarmente o cerceamento de defesa, tendo em vista que a Magistrada *a quo*, em audiência de instrução, acolheu a contradita ofertada pela defesa em razão das testemunhas do autor terem ingressado com processo idêntico (mesma causa de pedir e pedido) em face da recorrente, em descompasso com o Código de Processo Civil. Sustenta, também, há diversas inconsistências nos cartões de ponto, incluindo períodos em que não foram registradas as marcações de entrada ou saída. Afirma que a própria preposta da requerida confessou a existência de tais inconsistências, e que é possível ver inúmeras anotações sem horários. Alega que os cartões de ponto não condizem com a verdadeira jornada de trabalho realizada, pois muitas marcações estão alteradas pelo setor de RH. Observa, ademais, que a sentença deixou de abordar a análise das diferenças das horas extras, em comparação com aquelas devidamente registradas nos holerites. Assevera que a ausência de previsão específica para a criação de banco de horas dentro do estatuto implica que qualquer tentativa de o instituir sem base legal constitui-se em violação aos princípios fundamentais da administração pública. Sustenta, noutro lado, a necessidade de pagamento de intervalo intrajornada e dos plantões, confirmado pelas testemunhas e pelo Município. Por fim, requer a reforma da r. Sentença para condenar o Município no pagamento de adicional noturno sobre as horas extras efetivamente realizadas pelo apelante (fls. 423/439).

Contrarrazões às fls. 443/459.

Recurso tempestivo e isento de preparo em razão da justiça gratuita concedida.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de recurso de apelação pelo qual a parte busca a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido do autor que buscava o pagamento de diferenças de horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade e

intervalo intrajornada.

Preliminarmente, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo acolhimento da contradita das testemunhas. Com efeito, o fato de as testemunhas moverem ações judiciais em face do Município buscando a condenação do ente em relação as mesmas verbas buscadas no caso concreto, é suficiente para atrair a aplicação do artigo 447, §3º, II, do Código de Processo Civil:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

Portanto, considerando o nítido interesse das testemunhas do desfecho do litígio em julgamento, agiu corretamente a magistrada *a quo* ao acolher a contradita e colher seus depoimentos como informantes (art. 447, §§ 4º e 5º, do CPC).

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

De proêmio, deve-se partir da premissa de que ao autor é inaplicável as normas contidas na CLT, tendo em vista se tratar de servidores estatutários. Com efeito, o regime jurídico dos servidores públicos compreende as normas jurídicas que regem os servidores públicos estatutários ocupantes de cargos públicos. Tal regime pode ser definido como:

Conjunto de direitos, deveres e responsabilidades que regula as relações de vínculo de subordinação funcional-empregatício entre o poder público e seus agentes, derogando ou não o direito comum. É o núcleo normativo da relação funcional contendo a disciplina da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acessibilidade aos cargos e funções e sua forma de provimento e requisito, assim como suspensão e extinção, o modo e a forma de seu exercício, direitos e deveres, movimentação funcional (promoção, remoção etc.), prerrogativas, restrições, incompatibilidades, sistema remuneratório, responsabilidade etc. Para o Supremo Tribunal Federal, “a locução constitucional 'regime jurídico dos servidores públicos' corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes”. (RTJ 157/460)¹

No caso concreto, a relação estatutária é regida pela Lei Municipal n. 2.057/97, porquanto, o autor, ocupa o cargo público de motorista.

Salienta-se, também, que apesar de sustentar a existência de fraude no cartão de ponto, tal fato não restou comprovado, sendo insuficiente apenas ventilar tais afirmações nas na exordial ou em sede recursal, deve-se comprovar a fraude ou inconsistência, haja vista a presunção de veracidade inerente ao ato administrativo praticado.

Primeiramente, em relação ao adicional de insalubridade, escorreita a r. Sentença.

Tal direito possui 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 previsto para os trabalhadores que prestam serviços em atividades insalubres de receber um valor

¹ Martins Junior, Wallace Paiva, 2021, p. 135/136.

adicional pela exposição a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados.

O conceito de atividades ou operações insalubres é previsto pelo artigo 189 da CLT, como aquelas que: *“por sua natureza, condições ou método 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”*. Ressalta-se que o risco de laborar sob tais condições foi decisivo para que a Constituição Federal proíba o trabalho insalubre para menores de 18 anos (art. 7º, XXXIII, CF/88).

Neste caminho, no intuito de garantir a proteção aos servidores públicos de todos os entes da federação, o art. 39, §3º, da CF/88, garante diversos direitos previstos no artigo 7º, da CF/88, aos servidores ocupantes de cargo público. No entanto, o art. 39, §3º, da CF/88, estabeleceu um rol de direitos mínimos, sendo possível (e recomendável) que os entes federados assegurem outros direitos aos seus servidores, além dos previstos naquele rol.

Neste panorama, para esclarecer a questão, foi nomeado especialista de confiança do juízo. O laudo pericial, elaborado após vistoria ao local, possui a seguinte conclusão (fls. 319/340):

9. CONCLUSÃO TÉCNICA:

O presente trabalho tem como objetivo único laudar de forma ética, transparente e imparcial, auxiliando tecnicamente o Juízo da 2ª Vara do Cível da Comarca de Osvaldo Cruz-SP, que após minucioso levantamento das atividades e das condições ambientais das áreas de trabalho do Reclamante, concluiu, respeitando o mérito da causa ao Douto Juízo, embasado no anexo 14 da NR 15,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lei 6.514 de 02/12/1977, da Portaria 3.214/78, Art. 189 da CLT, que o Reclamante exerceu atividade (insalubre) exposto ao agente nocivo de natureza “BIOLÓGICA” em Grau Médio 20%.

Nesse vértice, inviável acolher o pedido de majoração do adicional de insalubridade, tendo em vista que o laudo pericial atestou a ocorrência de insalubridade em grau médio, o qual já vem sendo devidamente observado pelo Município.

Noutro lado, em relação ao pedido de pagamento de horas extras, melhor sorte não assiste ao apelante.

O direito à percepção da remuneração superior pela hora extraordinária trabalhada decorre do artigo 7º, XVI, da CF/88, sendo classificada como um direito fundamental do trabalhador:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Tal direito é expressamente relacionado dentre os direitos mínimos dos servidores públicos de todos os entes federados, *ex vi* do artigo 39, §3º, da CF/88:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por

servidores designados pelos respectivos Poderes

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Também de acordo com o artigo 39, §1º, 30, inciso I e 29, *caput*, todos da CF/88, o Município possui competência exclusiva para legislar sobre o regime jurídico aplicável aos seus servidores. Esse direito restou consagrado pelo artigo 163, da Lei Municipal n. 2.057/97:

Artigo 163 - 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.

No caso concreto, tendo em vista o contido no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, caberia ao apelante a comprovação da realização de horas extraordinárias, no entanto, este não se desincumbiu de tal ônus.

Não se pode, como pretende o apelante, adotar como verdade absoluta o conteúdo dos depoimentos das testemunhas arroladas, porquanto, verifica-se evidente interesse na causa, conforme exposto anteriormente. Tais relatos, no contexto de sua inerente fragilidade, foram colhidos como informações e precisariam ser corroborados por outras provas, porquanto não foram suficientes para comprovar as alegações autorais.

Não basta, também, a realização de cálculo das horas extras devidas pela “média física diária”, tendo em vista que não se pode presumir a

realização de horas extras, deve-se comprovar documentalmente ou por outra forma admitida em direito a efetiva realização das horas extraordinárias. Esse raciocínio não viola a ampla defesa, como sustentou o apelante, mas apenas coloca em prática a distribuição do ônus da prova estabelecido pelo artigo 373, inciso I, do CPC.

Portanto, considerando a não comprovação da realização de horas extraordinárias além daquelas já devidamente remuneradas (fls. 52/93), não comporta provimento o pedido de condenação do Município no pagamento de tal verba. Pelas mesmas razões, aliás, o pedido de remuneração pelos eventuais plantões realizados não comporta acolhimento, sendo certo que estas horas de trabalho foram remuneradas nos termos da legislação estatutária.

No mesmo contexto, por uma questão lógica, afastada a condenação das horas extraordinárias, fica prejudicado o pedido de adicional noturno incidente sobre essas horas, não comportando provimento o recurso quanto a tal ponto.

O pedido de condenação no intervalo intrajornada, do mesmo modo, não pode ser acolhido, tendo em vista ser fundamentado unicamente nos relatos colhidos das testemunhadas ouvidas como informantes. Ademais, tais intervalos parecem ser usufruídos pelo autor conforme consta no registro de ponto (fls. 27/51), mostrando-se insuficientes para alterar o decidido pelo magistrado *a quo* apenas as alegações verbais do autor.

Por fim, em relação ao pedido de reconhecimento da ilegalidade sobre a utilização de banco de horas pelo Município, por ausência de previsão legal, é possível notar que tal pedido não constou na petição inicial, portanto, sua análise apenas em sede recursal acarretaria indevida supressão de instância.

Desta feita, irretocável a r. Sentença, devendo ser mantida na sua integralidade.

Majoram-se os honorários advocatícios em 2% além dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fixados pelo magistrado *a quo*, observada a gratuidade de justiça anteriormente deferida.

Do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

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).

MÔNICA SERRANO

Relatora