



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000669271**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038881-74.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MARCIO HENRIQUE LANZA (E OUTROS(AS)) e ROSANA CORREA NARDUCCI.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 19 de agosto de 2021.

**MARIA LAURA TAVARES**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**VOTO Nº 30.389**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1038881-74.2017.8.26.0053 (2)**

**COMARCA: SÃO PAULO**

**APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO**

**APELADOS: MARCIO HENRIQUE LANZA E OUTRO**

***Juiz(a) prolator(a): José Gomes Jardim Neto***

APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Oficiais Administrativos nas Penitenciárias de Pacaembu e Irapuru – Laudo pericial que concluiu pela existência de exercício da função em condições insalubres no grau máximo – Juiz que não está adstrito às conclusões do laudo pericial (artigo 479, Código de Processo Civil) – Parte autora que labora no setor administrativo das Penitenciárias e possui contato não permanente com detentos - Atividade de trabalho dos servidores que não pode ser equiparado ao “trabalho ou operações, em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados”, previsto no Anexo 14 da NR 15 – Precedentes – Ausência de elementos que justifiquem a majoração do percentual do adicional de insalubridade percebido pela parte autora - Sentença reformada – Recurso fazendário provido.

Trata-se de ação ordinária proposta por MARCIO HENRIQUE LANZA E OUTRA, servidores públicos estaduais que ocupam cargo de Oficial Administrativo nas Penitenciárias de Pacaembu/SP e Irapuru/SP, contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com vistas à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo. Afirmam que recebem o adicional de insalubridade no grau mínimo (10%), mas estão em contato permanente com agentes infectocontagiosos e que a administração penitenciária não lhes disponibiliza equipamentos de proteção individual, o que enseja a majoração do adicional recebido para o grau máximo.

A r. sentença de fls. 125/130, que julgara

improcedente a demanda, foi anulada por esta 5ª Câmara de Direito Público para a retomada da instrução probatória e realização de perícia.

Laudo pericial juntado às fls. 200/215.

Proferida nova sentença de fls. 227/232, aclarada à fl. 257, cujo relatório é adotado, para julgar procedente a demanda e declarar o direito dos autores ao recebimento do adicional de insalubridade em grau máximo (40%), com o apostilamento da benesse, e condenar a ré ao pagamento das diferenças vencidas e vincendas ali apuradas, com reflexo em férias, terço constitucional e décimo terceiro salário, observada a prescrição quinquenal.

Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados no mínimo legal nos termos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

A Fazenda Pública interpôs o recurso de apelação de fls. 241/249 para afirmar a legalidade do laudo técnico elaborado pelo Departamento de Perícias Médica do Estado (DPME). Assevera que o laudo pericial não elucidou quanto tempo da jornada de trabalho da parte autora esta mantém contato com os agentes insalubres. Subsidiariamente, pleiteia que o termo inicial para o pagamento das diferenças devidas seja a data do laudo pericial.

Recurso tempestivo e regular (fl. 279), respondido às fls. 263/275, e ora recebido em seus regulares efeitos.

É o relatório.

Os autores são servidores públicos estaduais, ocupantes do cargo de Oficial Administrativo nas Penitenciárias de Pacaembu/SP e Irapurú/SP, e pleiteiam o recebimento de adicional de

insalubridade em grau máximo (40%), sendo que atualmente o recebem no percentual mínimo (10%).

O art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal assegurou o recebimento de adicional remuneratório para aqueles trabalhadores urbanos e rurais que exercem atividades insalubres ou perigosas, com a menção de que estes adicionais serão pagos *na forma da lei*.

**"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;"**

Em seu turno, a Lei Complementar nº 432/1985 concede aos funcionários públicos e servidores civis da Administração Pública do Estado de São Paulo o adicional de insalubridade em unidades com referida característica:

**"Artigo 2º - Para efeito de concessão do adicional de insalubridade de que trata esta lei complementar, serão avaliadas e identificadas as unidades e as atividades insalubres."**

A concessão do adicional está disposta no Decreto nº 25.492/1986:

**"Artigo 1.º - Às Seções de Higiene e Segurança do Trabalho, dos Serviços Regionais de Relações do Trabalho, do Departamento de Atividades Regionais, da Secretaria de Relações do Trabalho, incumbe proceder, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica do Estado, à avaliação, identificação e classificação das unidades e das atividades insalubres a que se referem o Artigo 2º, e seu parágrafo único, da Lei Complementar n. 432, de 18 de dezembro de 1985.**

**Artigo 2.º - Para os fins do artigo anterior, as**

***Seções de Higiene e Segurança do Trabalho expedirão laudos técnicos com base nas Normas Técnicas Regulamentadoras - NTR, a serem baixadas mediante resolução do Secretário de Relações do Trabalho.***

***Parágrafo único - Uma via dos laudos técnicos de que trata este artigo será encaminhada às Secretarias de Estado e às Autarquias interessadas, após ratificação pela Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Departamento de Recursos Humanos, da Secretaria de Relações do Trabalho."***

A questão colocada aos autos diz respeito à presença de insalubridade em grau máximo no ambiente de trabalho dos autores, que ensejaria o aumento do percentual do benefício já concedido.

Para verificação da existência dos elementos insalubres na atividade, a prova pericial é, de fato, a que se mostra mais adequada para situações desse tipo, pois é a única apta a demonstrar de maneira tecnicamente convincente a existência de fatores de insalubridade no ambiente de trabalho.

Registre-se que não se pode admitir que apenas o Departamento de Perícias Médica do Estado (DPME) pudesse avaliar as condições de insalubridade a que submete a autora, sem possibilidade de revisão judicial, uma vez que isso implicaria, por via indireta, um afastamento da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal).

No caso, o laudo pericial (fls. 205/215) concluiu pela exposição da parte autora à insalubridade em grau máximo, uma vez que "*executam trabalhos de modo habitual e permanente, onde há métodos e procedimentos operacionais insalubres*" (fl. 215).

Contudo, há que se recordar que, em consonância com o art. 479 do Código de Processo Civil, o juiz que não

está adstrito às conclusões do laudo pericial.

O laudo pericial foi elaborado a partir das orientações da NR 15 – Anexo 14 (fl. 205), a qual dispõe que o enquadramento de atividades e operações em grau máximo de insalubridade decorre, dentre outras hipóteses, do trabalho ou operações, em contato permanente com *"pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados"*.

Não obstante as conclusões do *expert* de que o contato dos servidores com agentes biológicos seja permanente, não há como confirmar tal interpretação a partir do dispositivo normativo e da realidade dos autores narrada nos autos.

Os autores não exercem função que demande contato permanente com presos *"em isolamento por doenças infectocontagiosas"* para que seja aplicado analogicamente o dispositivo do NR 15 – Anexo 14. Como dispõe o laudo, os servidores atuam em funções administrativas de respectivas penitenciárias, pontualmente tendo contato com os detentos (*i.e.* entregando material didático, aplicando provas).

Dessa forma, incabível a generalização de que o ambiente de trabalho dos autores, os quais têm acesso aos pavilhões, refeitório, setor de enfermaria, conduz à percepção da insalubridade em grau máximo.

Neste sentido se pronunciou este E. Tribunal de Justiça:

**"SERVIDORES ESTADUAIS. Oficial administrativo. Penitenciária Osvaldo Cruz. Adicional de insalubridade no grau mínimo**

**(10%). Majoração para grau máximo (40%). – Os autores exercem suas funções em condições insalubres e, por isso, o Estado lhes paga o adicional de insalubridade; no entanto, não há fundamento para o pagamento do adicional no grau máximo. O Anexo XIV da NR 15 prevê o adicional de insalubridade de grau máximo para os trabalhos ou operações em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas. No caso, não há um contato permanente, mas apenas um "contato próximo e diário entre os requerentes e os detentos no momento da limpeza e recolha dos lixos nos setores administrativos e durante o acompanhamento da manutenção do prédio realizada pelos próprios detentos", e os presos não podem ser qualificados como pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas. Nesse sentido é o laudo pericial, segundo o qual "para a atividade dos requerentes, e conforme estudos, interpretações baseada na norma NR 15 – ANEXO XIV, e relatos coletados no ambiente de trabalho dos requerentes e das condições de trabalho verificadas 'in loco', conclui-se que: o local laborado tem renovação constante de ar, não é um ambiente fechado com pessoas doentes e consideradas 'isoladas', e conforme enseja a norma, não se caracteriza como ambiente insalubre". – Improcedência. Recurso dos autores desprovido." (Apelação Cível 1034524-51.2017.8.26.0053; Des. Rel. Torres de Carvalho; 10ª Câmara de Direito Público; j. 11/03/2019)**

Ademais, o C. Tribunal Superior do Trabalho possui jurisprudência no sentido de que o deferimento do adicional de insalubridade pressupõe o prévio enquadramento da atividade desenvolvida na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. Logo, nos julgados de referida Corte, *mutatis mutandis*, o contato de profissionais com crianças e adolescentes infratores que estão cumprindo medidas socioeducativas, em unidades de internação, não se equipara com o contato dos trabalhadores em contato permanente com pacientes ou com material infecto contagante em estabelecimentos da saúde:

**"AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. IN 40 DO TST. FUNDAÇÃO CASA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. QUINQUÊNIO. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO**

**PAULO. EXTENSÃO AOS EMPREGADOS CELETISTAS. DESPROVIMENTO.** Não há como admitir o recurso de revista quando a decisão regional se encontra em consonância com a jurisprudencial pacífica desta c. Corte, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. IN 40 DO TST. FUNDAÇÃO CASA. AGENTE DE APOIO SOCIOEDUCATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. UNIDADE DE INTERNAÇÃO DE MENORES INFRATORES. PROVIMENTO.** Diante de provável contrariedade à Súmula 448, I, do TST, deve ser processado o recurso de revista para melhor exame. **AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. RECURSO DE REVISTA DA FUNDAÇÃO CASA. IN 40 DO TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. UNIDADE DE INTERNAÇÃO DE MENORES INFRATORES.** Nos termos da Súmula 448, I, do TST, o deferimento do adicional de insalubridade pressupõe o prévio enquadramento da atividade desenvolvida na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. Assim, não é possível equiparar a atividade do reclamante, com menores infratores que estão cumprindo medidas socioeducativas, em unidades de internação, com a atividade dos profissionais da área de saúde que mantém contato com pacientes de hospitais, ambulatorios e postos de vacinação, descrita na NR 15, Anexo 14, da Portaria Ministerial nº 3.214/78. **RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DESPROVIMENTO.** Não há como admitir o recurso de revista quando não demonstrada a ofensa ao preceito invocado e da divergência jurisprudencial invocada. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO" (ARR-10204-91.2015.5.15.0113, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 08/09/2017).**

**"RECURSO DE EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - TRABALHO EM LOCAIS DESTINADOS AO ATENDIMENTO SÓCIOEDUCATIVO DO MENOR INFRATOR - FUNDAÇÃO CASA - NÃO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE NO ROL PREVISTO NO ANEXO 14 DA NR 15 DO MTE - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 4, I, DA SBDI-1.** Nos termos do item I da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1, "Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo

***adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho". Sendo assim, além da constatação, por laudo pericial, do contato do empregado com agente insalubre, é necessário o enquadramento de sua atividade no rol taxativo contido no Anexo 14 da NR 15 do MTE. Posto isso, convém observar que esta Corte vem entendendo que o contato com pacientes ou materiais infectocontagiosos em locais destinados ao atendimento socioeducativo do menor infrator não se encontra previsto na referida norma, pelo que é indevido o adicional de insalubridade, sendo errônea a equiparação de tais ambientes com aqueles destinados a pacientes em isolamento, hospitais ou outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana. Recurso de embargos conhecido e desprovido" (E-RR-1600-72.2009.5.15.0010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 05/05/2017).***

***"AGRAVO DE INSTRUMENTO. IN 40 DO TST. HORAS EXTRAORDINÁRIAS - ESCALA 2X2. DESPROVIMENTO. Diante da inobservância do disposto no artigo 896, § 1º-A, III, da CLT e da inexistência das violações indicadas, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IN 40 DO TST. FUNDAÇÃO CASA. AGENTE DE APOIO SOCIOEDUCATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONTATO COM PACIENTES E COM AGENTES BIOLÓGICOS. UNIDADE DE INTERNAÇÃO DE MENORES INFRATORES. PROVIMENTO . Diante de provável contrariedade à Súmula 448, I, do TST, deve ser processado o recurso de revista para melhor exame. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. FUNDAÇÃO CASA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONTATO COM PACIENTES E COM AGENTES BIOLÓGICOS. UNIDADE DE INTERNAÇÃO DE MENORES INFRATORES . Nos termos da Súmula 448, I, do TST, o deferimento do adicional de insalubridade pressupõe o prévio enquadramento da atividade desenvolvida na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. Assim, não é possível equiparar a atividade do reclamante, com menores infratores que estão cumprindo medidas socioeducativas, em unidades de internação, com a atividade dos profissionais da área de saúde que mantém contato com pacientes de***

***hospitais, ambulatórios e postos de vacinação, descrita na NR 15, Anexo 14, da Portaria Ministerial nº 3.214/78. Recurso de revista conhecido e provido" (ARR-10101-85.2013.5.15.0103, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 25/08/2017).***

Sendo assim, impossível a equiparação da atividade desenvolvida pela parte autora às atividades dos profissionais que realmente mantêm contato permanente com pacientes ou materiais infectocontagiosos, na forma do Anexo 14 da NR 15.

Logo, deve ser acolhido o laudo de insalubridade homologado pelo DPME, que determina que as atividades exercidas pelos autores resultam na percepção do grau de insalubridade no grau mínimo.

Em virtude da modificação do julgamento, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade de justiça concedida.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da Fazenda Pública.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Maria Laura de Assis Moura Tavares  
Relatora