Trata-se de AÇÃO ORDINÁRIA movida por OFELIA MENDES DA SILVA em face do MUNICÍPIO DE MARÍLIA, em que a autora, servidora pública aposentada, busca o reconhecimento e pagamento do adicional de insalubridade pelo tempo em que laborou em benefício da ré.

Na exordial (fls. 1/7), a requerente alega que trabalhou para o requerido na função de auxiliar de serviços gerais de 31/03/1998 a 01/07/2018, desempenhando atividades como limpeza de banheiros e cozinha, troca de fraldas de crianças e recolhimento de lixo, tudo em condições insalubres e sem o fornecimento de Equipamentos de [PARTE] (EPIs).

Baseando-se na Súmula nº 448 do [PARTE] do Trabalho (TST) e no Anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho, alega que as condições em que desempenhou suas funções ensejam o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, correspondente a 40% de seus vencimentos. Requer, ainda, a incidência deste adicional em outras verbas como férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso prévio indenizado e FGTS. Requereu, ao final, os benefícios da [PARTE] e atribuiu à causa o valor de R$ 19.161,60.

Recebida a exordial, foram concedidos os benefícios da gratuidade de justiça e determinado a citação da ré para contestar o feito (fls. 85).

Em sua contestação (fls. 91/117), o requerido sustentou, preliminarmente, a prescrição quinquenal ou, alternativamente, trienal, para todas as verbas anteriores ao período especificado. No mérito, argumentou que a pretensão da autora depende de comprovação pericial das condições insalubres, nos termos do STJ, que condiciona o adicional de insalubridade à existência de laudo técnico comprobatório. Além disso, destacou que o adicional não pode ser concedido retroativamente a período anterior à elaboração do laudo pericial e sua formalização. Concluiu pugnando pela improcedência da ação.

Laudo pericial às fls. 170/196, homologado em fls. 208.

Realizada audiência de instrução em 12/04/2023.

Alegações finais da autora em fls. 204/245, reiterando os argumentos iniciais e enfatizando as conclusões do laudo pericial, requerendo a procedência total da demanda, com a condenação do requerido ao pagamento do adicional de insalubridade e reflexos nas demais verbas.

Alegações finais da ré asseverando a inexistência de direito ao adicional, especialmente pela condição de servidora pública com regime próprio, sendo inaplicável a CLT, observando que o pagamento do adicional depende de ato administrativo da ré, inexistente até o momento.

Eis o relato do essencial.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Presentes os pressupostos e as condições da ação (artigo. 17 do Código de [PARTE]), passo à análise do mérito.

Prejudicial de mérito – arguida a prescrição do período anterior aos 5 anos que precederam a ação, acolho a prejudicial para declarar a prescrição das verbas pleiteadas, observado o prazo prescricional quinquenal (Decreto 20.910/1932), a contar do protocolo da ação.

No mérito, os pedidos são PROCEDENTES.

Incontroverso que a autora laborava em benefício da ré na função de função de auxiliar de serviços gerais, desempenhando atividades como limpeza de banheiros e cozinha, troca de fraldas de crianças e recolhimento de lixo no interregno de 31/03/1998 a 01/07/2018, na medida em que não houve qualquer impugnação exordial quanto a função desenvolvida pela autora (artigo 341 do Código de [PARTE]).

Determinada a realização de perícia, o laudo exarado concluiu que as condições de trabalho da autora eram insalubres em grau médio, devido à exposição contínua a agentes biológicos e químicos em suas atividades, incluindo limpeza de banheiros coletivos, manuseio de lixo sanitário e troca de fraldas. O perito destacou que o município não fornecia EPIs adequados à servidora, o que caracterizou a insalubridade.

Não foram apresentados quaisquer comprovantes de entrega dos EPI, corroborando-se o laudo pericial; ademais, a parte ré não apresentou qualquer argumento técnico que pudesse infirmar a conclusão pericial, motivo pelo qual o laudo fora devidamente homologado.

Isto posto, cabe rechaçar a argumentação do [PARTE] no sentido de que a concessão do adicional de insalubridade seria ato Administrativo típico e dependeria, para gerar efeitos no mundo jurídico, de análise das funções exercidas e reconhecimento da própria [PARTE].

De início, cabe mencionar que a [PARTE] determina o pagamento do adicional de insalubridade a todos aqueles trabalhadores que venham a laborar em condições insalubres (artigo 7º, inciso XXIII), na forma da Lei. Trata-se, portanto, de norma de eficácia contida, na medida em que depende de legislação para que possa ser concedida aos trabalhadores. Não obstante, cabe ressaltar que se trata de direito fundamental de viés social, que deve, portanto, ser respeitado e concedido, não sendo mera promessa do legislador constitucional.

Regulamentando a matéria em âmbito Municipal, a [PARTE] 11/1991 concretiza o direito, tornando de plenos efeitos o direito social fundamental consagrado pela [PARTE]:

Art. 119 - Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou com risco de vida, fazem jus ao adicional de insalubridade ou periculosidade, no mesmo percentual fixado pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Parágrafo

1º - O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e periculosidade deverá optar por um deles, não sendo acumuláveis estas vantagens. Parágrafo

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

Art. 120 - Haverá permanente controle da atividade dos servidores em operações ou locais considerados insalubres e perigosos.

A inexistência de ato administrativo (supralegal), concedendo o direito já consagrado em Lei não pode ser utilizado como argumento bastante para furtar do servidor público o direito que já fora consagrado em âmbito constitucional e legal. Vale dizer: não pode o Estado se furtar do pagamento do respectivo adicional ao argumento de que não há laudo administrativo e seu respectivo procedimento admitindo que o ambiente de trabalho seria insalubre, pena de tornar morta a letra da lei que consagrou respectivo direito ao servidor.

Assim, havendo lei que regulamenta a matéria, diante da inexistência de ato administrativo examinando a função e concedendo o devido adicional, a falta de pagamento se perfaz em ato ilícito e que deve ser corrigido pela via jurisdicional, como sói no presente caso.

Friso que a administração não pode se beneficiar de sua própria torpeza ou morosidade, na medida em que a [PARTE] concebeu o adicional desde sua redação originária, não sendo razoável se admitir que as funções desempenhadas pela autora desde 1998 ainda não tenha sido submetida ao exame administrativo. Não se quer crer, mas ao que parece a mora é em se analisar diversas funções não é coincidência, mas manobra para se furtar ao pagamento de direitos elementares dos trabalhadores.

O [PARTE] não foi impugnado por qualquer das partes, nada havendo nos autos a infirmar a conclusão do expert. Desta feita, é o caso de acolhimento das conclusões periciais, com o acolhimento do pedido de pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, durante o período imprescrito, além dos reflexos.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido para o fim de DECLARAR o direito da requerente ao adicional de insalubridade em grau médio (20%) no período laborado de 31/03/1998 a 01/07/2018 e CONDENAR o réu ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio (20%) devido à autora até a data de sua aposentadoria, respeitada a prescrição quinquenal, com os respectivos reflexos nas demais verbas de natureza salarial, considerada a data de ajuizamento da demanda.

Os valores serão atualizados monetariamente pela [PARTE] para Cálculo de [PARTE] IPCA-E do E. TJ a partir da data em que os pagamentos deveriam ter sido feitos, sem prejuízo da incidência de juros moratórios, calculados na forma do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, a contar da citação (com observância do quanto vier a ser decidido no âmbito do Tema 810do STF). Acrescento que, nos termos do artigo 3º da EC nº 113/2021, a partir da entrada em vigor da aludida [PARTE] (09/12/2021), a taxa SELIC incidirá, com exclusividade, a título de atualização monetária e juros moratórios, cumulativamente, em substituição da sistemática anteriormente adotada para os cálculos dos consectários do valor devido.

Arcará o requerido, com o pagamento de honorários advocatícios, que ora fixo, na forma do artigo 85, §3º, inciso I, do Código de [PARTE], em 10% sobre o valor da condenação, com atualização monetária pela taxa SELIC (artigo 3º da EC nº 113/2021) a partir da presente data até o efetivo pagamento.

Dispensada a remessa necessária, nos termos do artigo 496, §3º, inciso II, do Código de [PARTE].