

**Petição inicial - Inépcia - Não-ocorrência -  
Prescrição - Obrigação de trato sucessivo -  
Adicional de insalubridade - Previsão legal -  
Base de cálculo - Vencimento básico -  
Incorporação - Descabimento - Reflexo sobre  
o décimo terceiro salário e férias -  
Admissibilidade - Diferenças - Exigibilidade**

Ementa: Administrativo. Inépcia da inicial. Inocorrência. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo. Adicional de insalubridade. Previsão legal. Base de cálculo. Vencimento básico. Incorporação. Descabimento. Reflexo sobre décimo terceiro salário e férias. Admissibilidade. Diferenças. Exigibilidade.

- Estando presentes na peça de ingresso todos os pressupostos legais e as condições da ação, não pode a mesma ser considerada inepta.

- Tratando-se de ação proposta por servidor público visando ao direito à incorporação de vantagens ao seu vencimento, o prazo prescricional é contado somente a partir da negativa expressa da Administração Pública, caso contrário, a prescrição atingirá somente as parcelas vencidas nos cinco anos anteriores à propositura da ação.

- Havendo disposição legal expressa com previsão do adicional de insalubridade, é devido o pagamento ao servidor que exerce atividade considerada danosa à saúde.

- O adicional de insalubridade tem caráter retributivo do trabalho realizado em condições anormais, ou seja, surge por força de circunstâncias específicas e de caráter transitório, sendo devido apenas enquanto permanecerem as condições que deram causa à sua concessão, motivo pelo qual não se incorpora ao vencimento, à remuneração, nem aos proventos de aposentadoria.

- Se o Município está pagando o adicional de insalubridade em percentual sobre o salário mínimo, mas cuja base de cálculo prevista em lei é o vencimento básico do servidor, são devidas à parte autora as diferenças a serem apuradas, sendo admissível o reflexo no décimo terceiro salário e férias, uma vez que estes são pagos com base na remuneração do servidor, que abrange não só o vencimento básico, mas também todas as parcelas por ele recebidas, tais como gratificações, adicionais e vantagens pessoais.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0223.02.101752-8/001 - Comarca de Divinópolis - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Divinópolis - Apelante: Município de Divinópolis - Apelados: Helder Francisco Fernandes e outro - Relator: DES. EDILSON FERNANDES**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 9 de dezembro de 2008. - *Edilson Fernandes* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto contra a r. sentença de f. 68/73, que, nos autos da ação de indenização ajuizada por Hélder Francisco Fernandes e outros em face do Município de Divinópolis, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o réu a pagar as diferenças apuradas entre o valor do adicional de insalubridade efetivamente pago aos autores e aquele incidente sobre o valor do vencimento do cargo por eles ocupado, observada a prescrição quinquenal (04.12.1997) até a edição da LC nº 110/2005 (19.05.2005), cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios; diante da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00, cabendo 80% ao réu e

20% aos autores, suspenso o pagamento nos termos da Lei nº 1.060/50.

Em suas razões, sustenta o apelante que é indevida a incidência do adicional de insalubridade sobre a remuneração total dos apelados, inexistindo diferenças a serem apuradas, visto que o salário mínimo é o único parâmetro válido, possível e legítimo para tanto, não tendo o texto constitucional alterado a regra até então vigente, não amparando ainda a pretensão o disposto no art. 104 da LC nº 09/92, que nem sequer estabeleceu os percentuais de incidência. Pugna pela reforma da r. sentença (f. 76/83).

Presentes os pressupostos de admissibilidade co-nheço do reexame necessário e do recurso voluntário.

Versam os autos sobre ação ordinária proposta por servidores municipais visando ao recebimento do adicional de insalubridade de 40% sobre a remuneração efetivamente percebida, com seus reflexos nas férias, décimo terceiro salário e demais adicionais devidos, ou sobre o vencimento do cargo efetivo, também com seus reflexos, assim como as diferenças vencidas, mais juros de mora e correção monetária, respeitada a prescrição quinquenal.

Das preliminares.

De acordo com a legislação processual civil em vigor, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, quando o juiz indeferir a petição inicial, na expressão do art. 267, I, do CPC, ao que se acresce o disposto no art. 295, I, do mesmo diploma, segundo o qual “a petição inicial será indeferida quando for inepta”.

Os casos de inépcia da petição inicial estão arrolados no parágrafo único do art. 295 do CPC, sendo certo que o inconformismo do réu não se enquadra em nenhuma daquelas hipóteses.

Isso porque, na peça vestibular, é possível verificar o atendimento a todos os requisitos do art. 282 do CPC, inexistindo, por outro lado, pedido juridicamente impossível, já que o Direito Positivo não proíbe a tutela jurisdicional reclamada.

Ademais, o interesse que autoriza o ajuizamento de uma ação decorre da necessidade de obter o pronunciamento jurisdicional e da utilidade que o pronunciamento solicitado venha a proporcionar ao autor, para resolver a controvérsia instaurada, circunstância revelada nos presentes autos.

Assim, ao contrário do alegado pelo réu, encontram-se presentes na peça de ingresso os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, podendo, dessarte, a mesma ser considerada apta.

Rejeito as preliminares.

Segundo entendimento já consolidado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito recla-

mado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Logo, eventual direito a ser reconhecido aos autores relativo ao adicional de insalubridade, por certo será abrangido apenas a partir de 04.12.1997, ou seja, 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento desta ação (f. 30).

Com relação à percepção, pelos autores, do adicional de insalubridade, restou demonstrado nos autos, através do “Demonstrativo de Pagamento de Salário” (f. 26/29), que todos os autores, sem distinção, já recebem referida vantagem no percentual de 40%.

A Constituição Federal, em seu art. 7º, XXIII, estipulou como direito social do cidadão a percepção do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

Por serem os autores servidores públicos municipais ocupantes de cargo de provimento efetivo estão, por óbvio, submetidos ao regime estatutário e, por via de consequência, às regras e princípios aplicáveis ao Direito Público. Em vista disso, não se aplica aos autores a legislação trabalhista.

Com a entrada em vigor da EC nº 19/98, o adicional de insalubridade foi retirado dos direitos sociais estendidos aos servidores públicos, pela nova redação dada ao § 3º do art. 39 da Constituição Federal.

Sem embargos dos entendimentos em sentido contrário, não há falar em exclusão do direito ao referido adicional para os servidores públicos, uma vez que inexistente óbice para a concessão da respectiva vantagem, desde que haja legislação infraconstitucional para tanto.

Assim, ainda que o servidor público possa estar trabalhando em ambiente insalubre, o pagamento do respectivo adicional (ou gratificação) poderá ser deferido se houver lei devidamente regulamentada que o preveja, já que, segundo a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988, tal vantagem deixou de ser um dos direitos sociais do servidor público.

No especial caso em exame, verifico que a “lei” a que se refere o texto constitucional supracitado é a LC nº 09, de 5 de dezembro de 1992, que, ao estabelecer o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Divinópolis, dispõe:

Art. 104 - Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo (f. 19).

Desse modo, havendo subsunção da situação fática vivida pelos autores no exercício de suas atividades à previsão legal, dispondo sobre a concessão do adicional de insalubridade, têm eles direito à percepção da respectiva vantagem.

No tocante ao grau de insalubridade para se determinar o valor devido sobre a remuneração, deverá ser

adotado o percentual de 40% (quarenta por cento), que costumeiramente vinha sendo pago pelo réu em atenção ao princípio da isonomia.

Se é certo que, no conceito atual de igualdade jurídica, esta consiste em tratar desigualmente aos desiguais, deveria o réu tomar providências no sentido de apurar as desigualdades, que, no caso presente, se daria pela providência prática adequada, para apuração do respectivo grau de insalubridade, e, após esta, a aplicação do percentual correto.

Se tal expediente não foi feito pela Administração Municipal e se a prática é pagar o respectivo adicional no percentual de 40%, na ausência de regulamentação adequada, deve ser considerado este o percentual correto para apuração do *quantum* final.

Com efeito, o adicional de insalubridade tem caráter retributivo do trabalho realizado em condições anormais, ou seja, surge por força de circunstâncias específicas e de caráter transitório, sendo devido apenas enquanto permanecerem as condições que deram causa à sua concessão, motivo pelo qual não se incorpora ao vencimento, à remuneração, nem aos proventos de aposentadoria (cf. AC nº 1.0024.05.660362-4/001, da minha relatoria, j. em 27.02.2007).

Se o Município está pagando o adicional de insalubridade em percentual sobre o salário mínimo, mas cuja base de cálculo prevista em lei é o vencimento básico do servidor, são devidas à parte autora as diferenças a serem apuradas.

Com relação à concessão de reflexo do adicional de insalubridade sobre décimo terceiro salário e férias, embora já me tenha manifestado em outros julgamentos pela impossibilidade da incidência dessa vantagem sobre a remuneração do servidor, verifico que, no caso vertente, o art. 100, §§ 1º e 5º, art. 150, § 4º, e o art. 155, todos da LC Municipal nº 09/92 (f. 18 e f. 21), determinam que o décimo terceiro salário e as férias serão pagos com base na remuneração do servidor.

Oportuna a distinção de remuneração e de vencimento de servidor, feita pela ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A legislação ordinária emprega, com sentidos precisos, os vocábulos vencimento e remuneração, usados diferentemente na Constituição. Na lei federal, vencimento é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei (art. 40 da Lei nº 8.112), e remuneração é o vencimento e mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei (art. 41) (in *Direito administrativo*. 15. ed. Atlas, p. 492).

Como se vê, o conceito de remuneração abrange não só o vencimento básico, mas também todas as parcelas recebidas pelo servidor, inexistindo, por isso, óbice no sentido de que o adicional de insalubridade possa ser considerado para o cálculo dessas verbas.

Nesse sentido, confira a jurisprudência da egrégia Quarta Câmara Cível:

Direito administrativo - Servidor público - Adicional de insalubridade - Reconhecimento pelo Município - Base de cálculo - Vencimento do cargo efetivo - Art. 104 da Lei Complementar Municipal 09/92 - Pagamento a menor - Diferenças devidas - Reflexo sobre décimo terceiro salário e férias - Cabimento - Juros de mora - Verbas remuneratórias - Artigo 1º-F da Lei 9.494/97. - Se o art. 104 da Lei Complementar Municipal 09/92 estabelece que o vencimento do cargo efetivo será utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, é inviável o pagamento dessa verba com parâmetro no salário mínimo. Nos termos da Lei Complementar Municipal 09/92, o décimo terceiro salário e as férias são pagos com base na remuneração do servidor, cujo conceito abrange a soma de todas as parcelas recebidas, englobando, além de seu vencimento, gratificações, adicionais e vantagens pessoais (RN/AC nº 1.0223.01.079130-7/002, Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 25.10.2007).

Por último, registro que a LC Municipal nº 110, de 19 de maio de 2005, alterou a redação dada ao art. 104 da LC nº 09/92, oportunidade em que as atividades insalubres exercidas pelo servidor público passaram a ser classificadas nos graus máximo (40%), médio (20%) e mínimo (10%), a incidir sobre o vencimento do cargo efetivo, limitada a base de cálculo a 3 (três) salários mínimos, devendo o réu, a partir dessa data, calcular o adicional de insalubridade segundo os critérios estabelecidos em lei.

Em reexame necessário confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Isento de custas (Lei Estadual 14.939/03).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...