

Apelação Cível n. 0001078-31.2011.8.24.0218 de Catanduvras
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. DESEMPENHO DE ATIVIDADE DIVERSA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA MUNICIPALIDADE.

NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE AGENTE DE SERVIÇOS E MANUTENÇÃO. EXERCÍCIO DE FATO, CONTUDO, DO CARGO DE OPERADOR DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS E RODOVIÁRIAS I. DESVIO DE FUNÇÃO CARACTERIZADO. DIREITO AO PERCEBIMENTO DA DIFERENÇA SALARIAL, SOB PENA DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO ÀS CUSTAS DO TRABALHO ALHEIO. ENUNCIADO Nº 378 DA SÚMULA DO STJ.

GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. VANTAGEM REGULAMENTADA NO ÂMBITO MUNICIPAL. LABOR EM CONDIÇÕES INSALUBRES DEVIDAMENTE COMPROVADO POR LTCAT-LAUDO TÉCNICO DAS CONDIÇÕES AMBIENTAIS DE TRABALHO. FORNECIMENTO INSATISFATÓRIO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. VEREDITO MANTIDO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001078-31.2011.8.24.0218, da comarca de Catanduvras Vara Única em que é Apelante Município de Catanduvras e Apelado Mário Vieira da Rosa.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso, todavia negando-lhe provimento, confirmando a sentença em sede de Reexame Necessário. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo

Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 20 de setembro de 2016.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Município de Catanduvas, contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Catanduvas, que nos autos da ação Declaratória e Condenatória nº 218.11.001078-2 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=620000EEF0000&processo.For=218&uuidCaptcha=sajcaptcha_2adcdacc9e5448edad87608980615ea7> acesso nesta data), ajuizada por Mário Vieira da Rosa, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...] Posto isso, julgo procedentes os pedidos iniciais, com fundamento no artigo 269, inc. I, do Código de Processo Civil, e, por consequência, condeno o réu ao pagamento das seguintes verbas em favor do autor, referentes ao período compreendido entre outubro de 2009 e março de 2011: (1) adicional por diferença de função, relativa aos cargos de Agente de Serviços e Manutenção e Operador de Máquina Agrícola e Rodoviária; (2) adicional de insalubridade, em seu grau médio (20% - vinte por cento), conforme disposto pelo artigo 72 da Lei Complementar nº 19/2002, do Município de Catanduvas (fl. 16), bem assim pelo anexo ao laudo técnico das condições ambientais de trabalho do Município de Catanduvas (fls. 162-163).

As verbas deverão ser apuradas em liquidação de sentença, com correção monetária a partir de cada vencimento calculada com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997), estes últimos devidos somente a partir da citação.

Condeno o réu ao pagamento das custas judiciais, das quais é isento, consoante dispõe o artigo 33 da Lei Complementar Estadual nº 156/1997.

Condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do procurador do autor, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com base no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, com a observância das alíneas do parágrafo 3º do mesmo artigo.

[...] Submeto a sentença a Reexame Necessário em face da sucumbência da pessoa jurídica de direito público, conforme artigo 475, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil e verbete nº 490 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (fls. 276/285).

Fundamentando a insurgência, o Município de Catanduvas sustenta que *"o autor, em raras ocasiões, quando auxiliava o operador de máquinas, efetuou algumas manobras no equipamento"*, e, portanto, *"tal situação não é suficiente para caracterizar o desvio de função"* (fl. 290).

De outra banda, alega que o demandante *"ao ser nomeado e entrar em exercício, tomou conhecimento previamente de quais atribuições que, por*

força de lei, deveria desempenhar", e, que, caso tenha exercido função diversa para a qual fora contratado, *"tal atitude, se realmente ocorreu, não tem o condão de o beneficiar, pois sabia ele da ilegalidade"* (fl. 291), além de que, ao realizar atividades estranhas ao seu cargo, teria ferido os princípios da impessoalidade e moralidade.

Aponta, ainda, que *"em nenhum momento o apelado relata que foi designado, ou até mesmo obrigado a desempenhar as funções de operador de máquinas agrícolas, [...], desse modo, há que se gizar, foi ele que, espontaneamente manobrava tal máquina, muitas vezes longe dos olhos de seu chefe imediato"* (fl. 292), razão pela qual brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 288/293).

Recebida a apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo (fl. 295), sobrevieram as contrarrazões, onde Mário Vieira da Rosa refuta uma a uma as teses manejadas pelo município apelante, clamando pelo desprovimento do recurso (fls. 297/301).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos originalmente distribuídos ao Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi, por vinculação à Apelação Cível nº 2008.001158-8 (disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposq/pcpoSelecaoProcesso2Grau.Jsp?CbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20080011588&Pesquisar=>> acesso nesta data), vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do apelo porque, além de tempestivo, atende aos respectivos pressupostos de admissibilidade.

A aferição da validade do julgado é de ser efetivada também sob a ótica do art. 475, inc. I, da Lei nº 5.869/73, equivalente ao art. 496, inc. I, do novo Código de Processo Civil, por ser o dispositivo legal então vigente à época da prolação da sentença.

Pois bem.

O Município de Catanduvas alega que Mário Vieira da Rosa nunca exerceu atividades diversas para as quais foi contratado, e, portanto, insurge-se contra o reconhecimento do desvio de função.

A insurgência não merece guarida.

Isto porque restou demonstrado nos autos que, apesar do servidor ter sido aprovado em concurso público para o cargo de Agente de Serviços e Manutenção (fl. 06), durante o período de outubro de 2009 até abril de 2011, exerceu de fato a função de Operador de Máquinas Agrícolas e Rodoviárias I, como comprovam os depoimentos das testemunhas Almir José Vicentini, Edson Luiz Filipini e Evaldo Oreste Guerreiro, bem como os documentos de fls. 29/81.

Assim, ainda que a investidura em cargo ou emprego público dependa de aprovação prévia em concurso público (art. 37, inc. II, CF), não se pode admitir que, uma vez exercida a função designada pela administração pública, esta se furte do pagamento da contrapartida pecuniária, sob pena de locupletamento ilícito.

Aliás, esse raciocínio vai ao encontro do Enunciado nº 378 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual *"reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças"*.

E não há que se falar em desconhecimento por parte da administração pública municipal quanto ao desempenho por parte de Mário Vieira da Rosa da função de Operador de Máquinas Agrícolas e Rodoviárias I, ou,

ainda, que ele apenas *"espontaneamente manobrava tal máquina, muitas vezes longe dos olhos de seu chefe imediato"* (fl. 292), pois, do depoimento da testemunha Evaldo Oreste Guerreiro - arrolado pela própria administração -, colhe-se que:

[...] No primeiro ano de mandato da prefeita Gisa, na metade de 2009, [...], eu era operador de máquinas e passei a ser Diretor de Agricultura, e o seu Mário trabalhava com o trator, na prefeitura, junto comigo, no interior.

[...] até hoje eu estou lá e no tempo que ele ficou comigo, trabalhava direto né; porque era o único operador que tinha, o único trator agrícola que tinha né (fl. 269 - grifei).

Avulto, ademais, que não há que se falar em contrariedade aos ditames constitucionais, muito menos que não existe previsão legal para o caso, visto que *"a própria Administração violou as bases fundantes do direito administrativo para depois invocá-las com o intuito de eximir-se do implemento das diferenças vencimentais devidas ao servidor. Não pode agora querer se locupletar do trabalho alheio, invocando axiomas que não foram por ela observados"* (TJSC, Apelação Cível nº 2012.055962-7, de Xaxim, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 04/11/2014).

A propósito:

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE ENCARREGADO, MAS EXERCÍCIO, DE FATO, DO CARGO DE SUPERVISOR. DESVIO DE FUNÇÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR AS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. RECURSO DESPROVIDO. REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES. INCIDÊNCIA INTEGRAL DA LEI Nº 11.960/2009 ATÉ QUE SEJAM MODULADOS OS EFEITOS DA ADI Nº 4.357. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJSC, Apelação Cível nº 2013.078492-4, de Brusque, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 30/01/2015).

Nessa linha:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO BALNEÁRIO CÂMBORIÚ. DESVIO DE FUNÇÃO CARACTERIZADO. DIREITO AO PERCEBIMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO. TITULAR DO CARGO DE AUXILIAR OPERACIONAL, APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO, MAS QUE PASSOU A DESEMPENHAR AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE VIGIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Segundo o enunciado nº 378 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça, *"Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às*

diferenças salariais decorrentes". "Sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, impõe-se o pagamento, a título de indenização, da diferença salarial correspondente ao período de prestação de serviço, em caso de desvio de função" (Apelação Cível nº 2012.087827-3, de Videira, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 18/06/2013). (TJSC, Apelação Cível nº 2014.003376-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 31/03/2015).

Na mesma toada:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDORA PÚBLICA. AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS. ATUAÇÃO COMO TÉCNICA JUDICIÁRIA AUXILIAR. DESVIO DE FUNÇÃO CARACTERIZADO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS ESTIPENDIÁRIAS CORRESPONDENTES. EXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO SEM RESPOSTA. SUSPENSÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL. RETROAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS ATÉ A DATA DA DISFUNÇÃO. APELO PROVIDO. REMESSA DESPROVIDA. [...]. (TJSC, Apelação nº 0069708-11.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 05/07/2016).

Dessa forma, escoreita a sentença que reconheceu o direito de Mário Vieira da Rosa ao recebimento das diferenças remuneratórias entre o seu cargo, e o efetivamente exercido no período entre outubro de 2009 a março de 2011.

De outra banda, quanto ao recebimento da gratificação de insalubridade, a Constituição Federal estabelece que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o recebimento de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 37, inc. XXIII).

Segundo Hely Lopes Meirelles,

[...] A gratificação por risco de vida ou saúde é uma vantagem pecuniária vinculada diretamente às condições especiais de execução de serviço. Não é uma retribuição genérica pela função desempenhada pelo servidor; é uma compensação específica pelo trabalho realizado em condições potencialmente nocivas ao servidor. O que se compensa com esta gratificação é o risco, ou seja, a possibilidade de dano à vida ou à saúde daqueles que executam determinados trabalhos classificados pela Administração como perigosos. Daí por que tal gratificação só é auferível enquanto o servidor estiver executando o trabalho beneficiado com essa vantagem.

Essa gratificação só pode ser instituída por lei, mas cabe ao Executivo especificar, por decreto, quais os serviços e os servidores que irão auferi-la. Não será o servidor, nem o Judiciário, que dirá se ocorre o risco gratificável, porque o conceito de risco, para fins de vantagem pecuniária, não é técnico, nem jurídico: é meramente administrativo. O risco só existe, para efeito de gratificação, onde a Administração o admitir, e cessará quando ela o considerar inexistente. Por esse motivo, a gratificação por risco de vida ou saúde pode ser

suprimida, ampliada ou restringida a todo tempo, sem ofensa a direito dos que a estavam percebendo.

Por outro lado, o Executivo não pode estender essa vantagem a serviços e servidores que não satisfaçam os pressupostos legais para seu auferimento, porque, como bem decidiu o STF, isto importaria majoração de vencimentos por decreto, o que é inadmissível para o serviço público de qualquer das entidades estatais (Direito Administrativo Brasileiro, 41ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 598 - grifei).

Entretanto, *"o adicional de insalubridade somente será devido ao servidor público estatutário quando existir previsão legal e, existindo, deve ser observado os termos estabelecidos na Lei que instituiu a gratificação, por força do Princípio da Legalidade"* (TJSC, Apelação Cível nº 2014.000020-9, de Lauro Müller, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 11/11/2014).

Nesse rumo, a Lei Complementar Municipal nº 19/02 - Estatuto dos Servidores Municipais, da Administração Direta e Indireta -, estabelece que:

Art. 72. Os servidores que exercem atividades consideradas prejudiciais ou nocivas à saúde, farão jus ao adicional de insalubridade.

Parágrafo único. O adicional de que trata este artigo, não será retroativo e será calculado à razão de 10% (dez por cento) ou 20% (vinte por cento), calculados sobre o Salário Mínimo Nacional.

Art. 73. Para fins do adicional de que trata o artigo anterior, são consideradas prejudiciais ou nocivas à saúde dos servidores, as atividades:

- I. Sujeitas, permanentemente, a ruídos e trepidações;
- II. De coleta de lixo;
- III. Com solda ou pintura;
- IV. Em contato permanente com animais doentes ou matérias infecto-contagiantes.
- V. De preparação de soros, vacinas, manipulação de composições químicas venenosas;
- VI. Em contato permanente com pessoas doentes ou matérias infecto-contagiantes.
- VII. Na operação e manipulação de aparelhos que transmitam radioatividade.

§ 2º. A configuração da insalubridade e sua graduação, bem como sua eliminação pela utilização de equipamentos de proteção individual, serão atestados por profissionais especializados em medicina do trabalho, contratados, periodicamente pelo Município, exclusivamente para esta finalidade.

Art. 74. Os servidores sujeitos à atividades prejudiciais ou nocivas à sua saúde, serão identificados em ato próprio do Poder Executivo Municipal, que disporá:

- I. O percentual a ser aplicado; ou
- II. Identificará quais os equipamentos de proteção individual estão

disponíveis e de uso obrigatório.

No caso em liça, verifica-se que o LTCAT-Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho - elaborado pela Prefeitura Municipal de Catanduvas -, atesta que as atividades de Operador de Máquina Agrícola e Rodoviária I exercidas por Mário Vieira da Rosa são desempenhadas em contato com agentes insalubres em grau médio (20% - vinte por cento).

Além do mais, a municipalidade não comprovou o fornecimento satisfatório de EPIs-Equipamentos de Proteção Individual, ônus que lhe incumbia, consoante o disposto no art. 333, inc. II, da Lei nº 5.869/73, equivalente ao art. 373, inc. II, do novo Código de Processo Civil.

Inclusive, tanto o autor, como as testemunhas foram categóricos ao informar que tais acessórios não eram disponibilizados.

Desse modo, agiu com acerto a magistrada sentenciante ao condenar a municipalidade ao pagamento do adicional de insalubridade a Mário Vieira da Rosa pelo exercício do cargo de Operador de Máquinas Agrícolas e Rodoviárias I.

Nesse diapasão:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MUNICÍPIO DE FAXINAL DOS GUEDES. PRETENSÃO INICIAL: INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FUNÇÃO, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, ADICIONAL NOTURNO, FÉRIAS, HORAS EXTRAS, INTRAJORNADA E DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...]. MÉRITO RECURSAL: A) DESVIO DE FUNÇÃO CARACTERIZADO. DIREITO AO PERCEBIMENTO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO. TITULAR DO CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO DE AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS, APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO, MAS QUE DESEMPENHA ATRIBUIÇÕES INERENTES AO CARGO DE MOTORISTA DE AMBULÂNCIA. Segundo o enunciado n. 378 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes*". "*Sob pena de enriquecimento sem causa da Administração, impõe-se o pagamento, a título de indenização, da diferença salarial correspondente ao período de prestação de serviço, em caso de desvio de função*" (Apelação Cível nº 2012.087827-3, de Videira, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 18/06/2013). B) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 046/2006. LAUDO TÉCNICO ATESTANDO O DESEMPENHO

DE ATIVIDADES INSALUBRES EM NÍVEL MÉDIO PELO SERVIDOR. *"Havendo previsão em legislação municipal quanto ao pagamento do adicional de insalubridade, e estando comprovado o exercício do trabalho em condições insalubres, faz jus o servidor ao recebimento do respectivo adicional"* (Apelação Cível nº 2010.027277-4, de Chapecó, rel. Des. Ricardo Roesler, j. em 30/09/2010). *"Comprovado por perícia judicial que a atividade desenvolvida pelo servidor municipal é insalubre em grau médio, é devido o pagamento do adicional de insalubridade, nos termos da legislação municipal, nos períodos em que, embora comprovada a distribuição dos equipamentos de proteção individual suficientes à neutralização dos agentes nocivos, não foi demonstrada a fiscalização e a efetiva utilização desses equipamentos"* (Apelação Cível nº 2011.046046-8, rel. Des. Jaime Ramos, j. 21/07/11). AGRAVO RETIDO E RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA MANTIDOS EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJSC, Apelação Cível nº 2011.049602-3, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 14/10/2014).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE ORLEANS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VANTAGEM REGULAMENTADA EM LEGISLAÇÃO LOCAL. LAUDO TÉCNICO DAS CONDIÇÕES AMBIENTAIS DE TRABALHO (LTCAT). CONSTATAÇÃO DE ATIVIDADE INSALUBRE, EM GRAU MÉDIO. ADICIONAL DEVIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível nº 2015.045293-7, de Orleans, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 19/11/2015).

Roborando esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. OPERADOR DE RETROESCAVADEIRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LAUDO TÉCNICO DAS CONDIÇÕES AMBIENTAIS DO TRABALHO (LTCAT) PRODUZIDO PELO PRÓPRIO MUNICÍPIO. ATIVIDADE INSALUBRE EM GRAU MÁXIMO. VANTAGEM PREVISTA NA LEI MUNICIPAL N. 076/2001. BENEFÍCIO DEVIDAMENTE REGULAMENTADO. VERBA DEVIDA. RECURSO DESPROVIDO. O servidor público municipal que exerceu suas atividades em condições nocivas à saúde, faz jus ao adicional de insalubridade na forma da lei de regência, no grau aferido pelo perito (TJSC, Des. Sônia Maria Schmitz). (TJSC, Apelação nº 0001274-20.2010.8.24.0126, de Itapoá, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 26/07/2016).

Dessarte, pronuncio-me no sentido de conhecer do recurso, todavia negando-lhe provimento, confirmando a sentença em sede de Reexame Necessário.

É como penso. É como voto.