



**Poder Judiciário**  
**Justiça do Trabalho**  
**Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**

## **Recurso Ordinário Trabalhista** **0021061-53.2020.5.04.0009**

**Relator: MARIA SILVANA ROTTA TEDESCO**

### **Processo Judicial Eletrônico**

**Data da Autuação: 21/02/2022**

**Valor da causa: R\$ 182.000,00**

**Partes:**

**RECORRENTE:** ELTON HELENO SILVA DE CARVALHO

**ADVOGADO:** MARCIO JOSE DE ANDRE

**RECORRENTE:** ASSOCIACAO HOSPITALAR MOINHOS DE VENTO

**ADVOGADO:** CLARISSE DE SOUZA ROZALES

**RECORRIDO:** ELTON HELENO SILVA DE CARVALHO

**ADVOGADO:** MARCIO JOSE DE ANDRE

**RECORRIDO:** ASSOCIACAO HOSPITALAR MOINHOS DE VENTO

**ADVOGADO:** CLARISSE DE SOUZA ROZALES



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

**Identificação**

PROCESSO nº 0021061-53.2020.5.04.0009 (ROT)

RECORRENTE: ELTON HELENO SILVA DE CARVALHO , ASSOCIACAO HOSPITALAR MOINHOS DE VENTO

RECORRIDO: ELTON HELENO SILVA DE CARVALHO , ASSOCIACAO HOSPITALAR MOINHOS DE VENTO

RELATOR: MARIA SILVANA ROTTA TEDESCO

**EMENTA**

**RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL.** Hipótese em que a prova produzida nos autos confirma que o reclamante exercia as mesmas atividades que o paradigma, não tendo a reclamada comprovado qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial pleiteada na inicial, pelo que restam devidas as diferenças salariais deferidas na origem. Recurso desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**, ELTON HELENO SILVA DE CARVALHO, para condenar a reclamada ao pagamento de 14 minutos, como extras, pelo tempo destinado à troca de uniforme, com os mesmos adicionais e reflexos já fixados na sentença para as demais horas extras. Por maioria, vencidas em parte e com votos dispares e divergência de fundamentação, a Exma. Desa. Relatora, a Exma. Desa. Presidente Flávia Lorena Pacheco e a Exma. Desa. Vania Mattos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR MOINHOS DE VENTO, para: **a)** limitar a declaração de invalidade dos regimes 12x36 e banco de horas até 30.03.2018; **b)** limitar a condenação em horas extras ao pagamento do adicional de horas extras da 8ª até a 12ª hora diárias, bem como do valor hora, acrescido do adicional de horas extras, da 12ª hora diária até a 44ª hora semanal, de forma não cumulativa, até 31.03.2018, observados os demais critérios fixados na sentença que não colidam com a presente decisão; **c)** afastar a condenação ao pagamento de uma hora acrescida do adicional legal de 50% e reflexos, bem como do período suprimido de intervalo intrajornada de uma hora, nos dias em que usufruído a menor, a partir de 11.11.2017 (itens "4" e "5" do comando sentencial);



Assinado eletronicamente por: MARIA SILVANA ROTTA TEDESCO - 16/12/2022 11:33:16 - e28fabd

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22040514584389900000062725477>

Número do processo: 0021061-53.2020.5.04.0009

ID. e28fabd - Pág. 1

Número do documento: 22040514584389900000062725477

d) reconhecendo o seu caráter filantrópico, determinar a devolução do valor do depósito recursal recolhido, mediante a expedição de alvará judicial. Valor da condenação arbitrado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que se acresce para R\$ 35.000,00 (trinta e mil reais), para os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2022 (quinta-feira).

## RELATÓRIO

Inconformadas com a r. sentença (ID. 733f8f2), complementada (ID. 39a13fd), que julgou a ação procedente em parte, recorrem as partes, no prazo legal.

O reclamante (ID. a0b8185) pretende a reforma da decisão de origem quanto aos seguintes aspectos: tempo à disposição - troca de uniformes; horas extras a partir da 6ª diária e divisor.

A reclamada (ID. 3afb154) pretende a reforma da decisão "a quo" nos seguintes tópicos: condição filantrópica do HVM - liberação do depósito recursal - art. 899, §10º da CLT; equiparação salarial; diferenças do adicional de insalubridade de grau médio para máximo e seus reflexos; horas extras - validade do regime compensatório e banco de horas - previsão em norma coletiva; intervalo intrajornada; diferenças de FGTS; honorários advocatícios sucumbenciais.

Custas processuais (ID. 1fc7864) e depósito recursal (ID. 9b15a96), na forma legal.

As partes apresentam contrarrazões recíprocas, o reclamante no ID. 4715172 e a reclamada no ID. 8ea374a.

Sobem os autos a este Tribunal para julgamento, sendo distribuídos a esta Relatora.

É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

### I - RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS PELA RECLAMADA E PELO RECLAMANTE. IDENTIDADE DE MATÉRIAS. ANÁLISE CONJUNTA

#### 1. HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS REGIMES COMPENSATÓRIOS



A reclamada busca ser absolvida do pagamento de horas extras. Sustenta a validade dos regimes de compensação adotados - semanal e banco de horas -, pois tem previsão em norma coletiva, bem como foi disponibilizada a conferência do saldo de horas e não houve trabalho extraordinário habitual. Sinala ter restado incontroverso que havia pagamento das horas não compensadas na forma prevista nas normas coletivas. Defende que a prova produzida nos autos demonstra que todas as horas extraordinárias eventualmente prestadas foram integralmente adimplidas, com os adicionais devidos ou mediante concessão de folga compensatória. Sucessivamente, acaso mantida a condenação, pretende seja afastada a aplicação do adicional de 100%, vez que a norma coletiva, em sua cláusula 10ª, aponta que o adicional de 100% deve ser pago somente para as horas extras não compensadas, o que não é o caso. Ainda sucessivamente, postula a exclusão dos reflexos pelo aumento da média remuneratória, na forma da OJ 394 da SDI-1 do TST.

A reclamante, por sua vez, requer sejam consideradas como horas extras as excedentes da 6ª hora diária, pois declarado nulo o regime de trabalho 12x36. Alega que o próprio Juízo da origem determinou a observância do divisor 195, já que foi esta a previsão contratual havida originariamente, sendo clara a necessidade de reforma da decisão para determinar o pagamento de horas extras a partir da 6ª diária, em respeito ao contrato originário e em consequência da declaração de nulidade do regime de compensação. Assevera, por cautela, que em qualquer circunstância, seja expressamente determinada a prevalência do critério de apuração mais benéfico por ocasião da liquidação no que pertine ao cômputo das horas extras diárias e semanais deferidas em sentença.

Analiso.

A sentença foi proferida nos seguintes termos (ID. 733f8f2 - Pág. 6-7):

*"O reclamante confessa, em depoimento, "que o início e o final mas da jornada eram efetivamente registrados em cartão o intervalo não era registrado pelo Depoente." (grifo atual).*

*Assim, conclui-se os cartões-ponto são fidedignos como meio de prova dos horários de entrada e saída cumpridos pelo reclamante, com exceção dos intervalos, que serão analisados em item subsequente.*

*No entanto, o regime de compensação foi avençado antes da Reforma Trabalhista. Considera-se que era irregular a adoção concomitante de regime 12x36 e de banco de horas, uma vez que dificulta ao empregado a verificação das horas compensadas. Ademais, a realização de horas extras com frequência é outro fator que invalida qualquer regime de compensação, o que inclui o banco de horas.*

*Ademais, o reclamante trabalhava em condições insalubres.*

*O art. 60 da CLT estabelece que nas atividades insalubres quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Em seu parágrafo único cuja redação foi incluída a partir da Lei*



*n. 13.467/2017, o dispositivo em comento excetua apenas as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso da exigência de licença prévia. No entanto, no caso em tela, o regime de compensação 12x36 foi acordado entre as partes antes da Lei n. 13.467 /2017.*

[...]

*Deve-se observar o art. 58, §1º, da CLT, e Súmula 366 do TST, considerando-se a idoneidade dos cartões-ponto juntados, que contam com marcações variáveis e não foram infirmados por prova em contrário.*

*O divisor a ser considerado é o de 195 horas, conforme contrato individual de trabalho do reclamante.*

*A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de ""bis in idem"", conforme OJ 394 da SDI-1 do TST.*

[...]

*Desconstitui-se o regime de compensação e o banco de horas e condena-se a reclamada a pagar ao reclamante as horas extras a partir da 8ª hora diária e 44ª semanal, observado o divisor de 195 horas, o adicional de 50% e 100%, de acordo com as normas coletivas e reflexos em repouso semanal remunerado, feriados, 13º salário, férias com 1/3 e FGTS."*

O reclamante laborou para a reclamada no período de 04.02.2002 até 09.11.2020 (ID. f184adc - Pág. 3), sendo que exerceu, no período imprescrito, a função de 'Técnico de Enfermagem'.

Incontroverso que o reclamante cumpria regime 12x36, além da adoção do banco de horas (cartões-ponto sob ID. cd0039e e seguintes).

Os regimes compensatórios adotados, 12x36, e banco de horas estão previstos nas normas coletivas referentes ao período imprescrito, havendo exigência de concordância por escrito do empregado no que tange a adoção de banco de horas, o que inexistente "in casu", *verbis* (v.g., CCT 2018/2020; ID. bcab079 - Pág. 9):

***"CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA OITAVA - BANCO DE HORAS***

*O empregador poderá adotar um sistema de banco de horas, mediante concordância do empregado por escrito, no qual as horas trabalhadas que excederem ao limite da jornada semanal contratada poderão ser compensadas dentro do prazo de 03 (três) meses, a contar da data correspondente ao encerramento do ponto do mês em que ocorreu a referida jornada extraordinária.*

[...]"

- sublinhou-se



Além disso, há adoção de dois regimes compensatórios concomitantemente, banco de horas e regime de 12x36, o que se entende inválido até 30.03.2018 (final da vigência da CCT 2017/2019, a qual foi substituída pela CCT 2018/2020 a contar de 01.04.2018), por impossibilitar o controle de saldo de horas extras pelo trabalhador. Frisa-se também que a adoção de regime compensatório de 12x36 é excepcional, não admitindo elástico dessa jornada para compor banco de horas, registrando-se que não há previsão nas normas coletivas, até 30.03.2018, para adoção de forma conjunta dos dois regimes. Não bastasse isso, o autor laborava em atividade insalubre, não havendo a autorização de que trata o art. 60 da CLT para prorrogação da jornada de trabalho.

Em que pese a previsão formal dos regimes compensatórios de banco de horas e de 12x36 nas normas coletivas, sua validade depende tanto do cumprimento dos requisitos que elas mesmas estabelecem, quanto de não flexibilizar direito não disponível, além de comprovar a lisura da prática. No caso, a invalidade dos regimes compensatórios tem amparo em vários motivos, pois não há a autorização por escrito do empregado exigida pelas normas coletivas, nem a observância do art. 60 da CLT, além de não haver compatibilidade entre banco de horas e regime de 12x36. Portanto, não há falar em contrariedade ao art. 7º, incisos XIII e XXVI da Constituição e ao art. 59 da CLT pela invalidação dos regimes compensatório praticados no caso em tela até 30.03.2018.

Dessa forma, a invalidade atinge o regime de banco de horas e o regime 12x36, fazendo jus o reclamante ao pagamento de adicional de 50% para as horas ilegalmente compensadas, assim consideradas as excedentes da 8ª diária até o limite de 44 horas semanais, nos termos do item IV da Súmula 85 do E. TST, e horas extras (hora mais adicional) relativamente ao trabalho posterior à 44ª semanal, em face da invalidade do banco de horas.

Contudo, não há falar em consideração das horas extras a partir da 6ª hora diária, na medida em que o contrato de trabalho indica jornada de 195 horas mensais (ID. e51a382 - Pág. 1).

Por outro lado, a conclusão em relação ao período a partir de 01.04.2018 é outra.

Veja-se que a CCT 2018/2020 permite espessamente a adoção do regime 12x36 em atividade insalubre, independentemente do cumprimento dos requisitos exigidos no art. 60 da CLT, o labor em jornada extraordinária limitada a 30 minutos diários, além da possibilidade de adoção concomitante dos regimes compensatórios semanal e banco de horas, *in verbis* (ID. bcab079 - Pág. 8):

***"CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEGUNDA - ESCALA DE JORNADA 12 X 36***

*Os Sindicatos convenentes, por entenderem que as características que envolvem as atividades hospitalares e similares merecem regulamentação especial, principalmente devido às especificidades acerca da essencialidade dos serviços, à natureza assistencial e ininterrupta do atendimento, à ausência de transporte público regular aos trabalhadores*



*em horário noturno e à falta de segurança pública, que determinam o interesse dos representados das respectivas categorias, profissional e patronal, em regulamentar por norma coletiva esta jornada de trabalho peculiar, acordam que os empregadores poderão manter e/ou implementar um sistema de escala de jornada de trabalho 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, usual nos hospitais e consagrado historicamente no setor da saúde, mesmo na hipótese de atividade insalubre, independente da licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, nos termos do par. 1º do art. 60 e art. 611-A, inciso XIII, ambos da CLT.*

**Parágrafo Primeiro** - *Na Escala 12 x 36, os empregadores poderão ajustar escalas de jornada de 12 (doze) horas de atividade intercaladas por repouso de, no mínimo, 36 (trinta e seis) horas, concedendo 1 (uma) folga mensal, devendo ser mantidas as folgas adicionais que porventura estejam sendo concedidas pelos empregadores, sem que as horas excedentes à oitava de cada jornada sejam consideradas extraordinárias.*

**Parágrafo Segundo** - *É acordada entre as partes a possibilidade de realização da Escala 12 x 36 diurna para as clínicas e pequenos estabelecimentos de saúde até o limite de 50% (cinquenta por cento) do quadro de empregados, concedendo-se 1 (uma) folga mensal, devendo ser mantidas as folgas adicionais que porventura estejam sendo concedidas pelos empregadores, sem que as horas excedentes à oitava de cada jornada sejam consideradas extraordinárias.*

**Parágrafo Terceiro** - *Fica o empregado e o empregador autorizados, a qualquer tempo, a suspender o sistema de escala 12x36.*

**Parágrafo Quarto** - *Possibilita-se a prorrogação da Escala 12x36 cuja duração exceda 10 (dez) minutos diários até o limite de 30 (trinta) minutos diários, sem que tal implique na descaracterização e nulidade da modalidade de jornada adotada, podendo tal período ser objeto de compensação em banco de horas.*

**Parágrafo Quinto** - *Possibilita-se a realização de regimes compensatórios, seja semanal, seja banco de horas, inclusive de forma cumulativa, desde que não habitual e não ultrapassadas 10 (dez) horas diárias de trabalho, sendo autorizada para todos empregados, mesmo para os que exercem as atividades em ambientes insalubres, independente da licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 611-A, inciso XIII da CLT, e não implicará na descaracterização e nulidade da modalidade adotada, considerando-se a especificidade assistencial dos serviços.*

(sublinhou-se)

O caso se amolda ao Tema 1046, recentemente julgado pelo STF, vez que a ré enfatiza a validade da cláusula coletiva que permite a adoção do regime 12x36 em atividade insalubre, independentemente do cumprimento dos requisitos exigidos no art. 60 da CLT, o labor em jornada extraordinária, além da possibilidade de adoção concomitante dos regimes compensatórios.

Nesta esteira, cumpre sinalar que na data de 02.06.2022 no RE 1121633, o Pleno do STF julgou o mérito do Tema 1046, com repercussão geral, sendo fixada a seguinte tese:



*"São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis."*

Portanto, nos estritos limites impostos pelo Tema 1046, não há razão para a invalidação dos regimes compensatórios e a condenação da reclamada ao pagamento das horas extras decorrentes desta invalidade, ante a expressa previsão normativa para tanto a contar de 01.04.2018.

Mantém-se o entendimento no sentido de que o adicional a ser observado é o previsto em norma coletiva presente nos autos, pois mais benéfico ao trabalhador.

Na sentença já consta a adoção do entendimento expresso na OJ nº 394 da SDI-1 do TST, não havendo falar em deferimento de reflexos pelo aumento da média remuneratória.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada para limitar a declaração de invalidade dos regimes 12x36 e banco de horas e a condenação ao pagamento de horas extras até 30.03.2018; e nega-se provimento ao recurso do reclamante.

## **2. INTERVALOS INTRAJORNADA**

A reclamada insurge-se contra o pagamento de 1 hora por dia de trabalho, pela inobservância do intervalo intrajornada. Alega que sempre concedeu e a autora sempre gozou do intervalo intrajornada corretamente, dispondo de 30 minutos de intervalo para alimentação e/ou descanso, conforme previsão em norma coletiva. Sustenta que o art. 71, §3º, da CLT admite a redução do intervalo e que a Portaria nº 42, de 28/03/2007, do Ministério do Trabalho e Emprego prevê que o intervalo pode ser reduzido por convenção ou acordo coletivo do trabalho, aprovado em Assembleia Geral, atendendo o empregador às exigências concernentes à organização dos refeitórios e demais normas regulamentadoras de segurança e saúde do trabalho. Assevera que a redução do intervalo para 30 minutos foi devidamente pactuada com o sindicato representativo da categoria. Invoca, ainda, o art. 7º, XIII, da CF. Aponta a existência de pré-assinalação dos intervalos. Caso mantida a sentença, requer que a condenação seja limitada ao tempo faltante em cada dia de trabalho e reconhecida a natureza indenizatória da parcela. Destaca que há registro de intervalo de uma hora, o que caracteriza o *bis in idem* ou, ainda, enriquecimento ilícito da autora. Requer, ainda, a aplicação da Súmula 79 deste Tribunal.

Razão lhe assiste.

As normas coletivas vigentes no período do contrato de trabalho do autor autorizam redução do intervalo intrajornada, a exemplo da cláusula 41ª da CCT 2013/2015 (ID. e83e965 - Pág. 8):





**"CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA PRIMEIRA - INTERVALO REDUZIDO**

*As empresas que possuírem refeitórios poderão adotar intervalo reduzido de 30 (trinta) minutos diários, devendo ser observadas as disposições da Portaria nº 42/2007 do Ministério do Trabalho e Emprego."*

Mais uma vez o caso se amolda ao Tema 1046, recentemente julgado pelo STF, vez que a ré enfatiza a validade da cláusula coletiva que permite a redução do tempo mínimo do intervalo para descanso e alimentação.

Portanto, nos estritos limites impostos pelo Tema 1046, não há razão para a condenação da reclamada ao pagamento dos intervalos intrajornada concedidos em tempo inferior ao mínimo legal de uma hora, ante a expressa previsão normativa para tanto.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ordinário da reclamada para afastar a condenação ao pagamento de uma hora acrescida do adicional legal de 50% e reflexos, bem como do período suprimido de intervalo intrajornada de uma hora, nos dias em que usufruído a menor, a partir de 11.11.2017 (itens "4" e "5" do comando sentencial).

**II - RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. MATÉRIA REMANESCENTE****TEMPO À DISPOSIÇÃO - TROCA DE UNIFORMES.**

O reclamante não concorda com o decidido em relação ao tempo destinado à troca de uniformes. Aduz que o depoimento da testemunha Rosilene é claro ao referir a necessidade de chegar 15 minutos antes para colocação de uniformes e a exigência da ré de que o ponto da saída fosse batido antes da troca de roupa, evidenciando a existência de significativo tempo a disposição do empregador. Afirma que, em seu depoimento pessoal, expressou "que o início e o final da jornada eram efetivamente registrados em cartão", sendo claro que se reportou ao fato de que efetivamente havia anotação de ponto no início e no final do lapso de exercício de suas atividades junto aos pacientes, não se referindo, todavia, ao comprovado período exigido pela reclamada para paramentação e troca de uniformes, os quais devem ser considerados como tempo a disposição do empregador, devendo ser esclarecido que não houve qualquer questionamento ao autor sobre a sistemática de troca dos uniforme e respectiva anotação do ponto, o que incumbia à reclamada, caso pretendesse obter alguma confissão. Requer seja afastada a alegação de confissão e reformada a sentença, no aspecto, para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras decorrentes do tempo a disposição do empregador para troca de uniformes.

Com razão.



O reclamante laborou para a reclamada no período de 04.02.2002 até 09.11.2020 (ID. f184adc - Pág. 3), sendo que exerceu, no período imprescrito, a função de 'Técnico de Enfermagem'. O contrato foi extinto a pedido do empregado, por motivo de aposentadoria especial (IDs. 4ec326d e d835715).

Consta da petição inicial (ID. ec428d8 - Pág. 2) que "Não obstante o horário contratual o reclamante - na prática - realizava 01 (uma) hora extraordinária por dia, sem o devido pagamento, postulando as respectivas diferenças, já que, era obrigado a chegar 30 minutos antes do início de suas atividades para trocar de roupa, o que era feito antes de registrar seu ponto; bem como, ao final do expediente, deveria registrar o ponto antes de desparamentar-se e trocar de roupa".

Na sentença de embargos de declaração (ID. 39a13fd), o Juízo "a quo" refere que "O reclamante afirmou, em depoimento pessoal, que registrava o horário efetivamente trabalhado em cartão-ponto, motivo pelo qual não há falar em desconsideração das folhas ponto nem mesmo quanto ao tempo de troca de uniforme. Com a confissão, é indevida a consideração do depoimento da testemunha indicada quanto ao tema".

O autor, ao prestar depoimento pessoal, disse que (ID. 049d23a):

*"o depoente trabalhava 19:40 às 7 horas da manhã, em regime 12 por 36; que o depoente fazia intervalo de 30 minutos, que cerca de duas vezes por semana não tinha intervalo de 30 minutos em razão da demanda; que o início e o final da jornada eram efetivamente registrados em cartão mas o intervalo não era registrado pelo depoente".*

A testemunha convidada pelo autor, Rosliene França da Silva, disse que (ID. 049d23a):

*"o depoente registrava o horário em que realmente começava a trabalhar e o horário que realmente encerrar a sua jornada; que chegava 15 minutos antes para se trocar bate o ponto e iniciar o trabalho (...) que a depoente registrava o ponto e depois trocava uniforme na saída; que levava cerca de 15 minutos para trocar o uniforme (...) que o uniforme consistia em sapato, jaleco, calça, avental, touca e propé".*

A testemunha convidada pela reclamada, Renata Pereira Silva Artioli disse que (ID. 049d23a):

*"o reclamante poderia registrar o horário efetivamente trabalhado em cartão; que o reclamante utilizava como uniforme jaleco, calça, sapato, que o reclamante tinha acesso aos scrubs, que eram as roupas cirúrgicas (...) que levava no máximo cinco minutos para trocar o uniforme (...) que o procedimento é o colaborador realizar a troca de roupa e depois fazer a batida no turno (...) que o procedimento é o colaborador realizar a troca de roupa e depois fazer a batida no turno".*

De início, diverge-se do posicionamento da Magistrada, pois não se vislumbra confissão no depoimento do autor em relação ao tempo destinado à troca de uniforme. O reclamante, ao depor, é claro ao



reconhecer que a jornada praticada está devidamente registrada nos cartões-ponto, o que não abrange o tempo de troca de uniforme que, conforme denunciado desde a petição inicial, não era anotado nos registros de ponto.

Outrossim, a prova oral demonstra que o tempo despendido na troca de uniforme não consta dos horários registrados nos cartões-ponto, sendo devido o período correspondente como hora extra.

Entende-se que o lapso de tempo utilizado para a troca de uniforme configura-se como à disposição do empregador, nos exatos termos do que dispõe o art. 4º da CLT, uma vez que, apesar não haver trabalho propriamente dito, diz respeito à exigência imposta pelo empregador, dentro dos limites do poder de direção e controle que rege a relação havida entre as partes, condições inerentes ao contrato de trabalho. Oportuno lembrar que o uso de uniforme se dá no interesse da empresa, não sendo plausível, pois, que o empregado tenha desprezado, no cômputo da jornada, o tempo despendido para tal finalidade.

De outra parte, tendo em vista que o uniforme consistia em sapato, jaleco, calça, avental, touca e propé, conforme informou a testemunha Rosliene, considera-se que o reclamante levava 7 minutos para colocar e retirar o uniforme, inclusive os EPIs informados no laudo pericial (ID. b903813) e as roupas cirúrgicas mencionadas pela testemunha Renata, totalizando 14 minutos diários, que devem ser pagos como horas extras. Ainda, considerando-se o tipo de uniforme, entende-se excessivo o tempo de 15 minutos para trocar o uniforme na entrada e na saída informado pela testemunha Rosliene, bem como 30 minutos apontados na inicial.

Precedente desta Relatora no processo nº 0020944-51.2018.5.04.0003 RORSum (Órgão julgador: 4ª Turma, Data: 01/10/2020), ajuizado em face da mesma reclamada.

Do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, no aspecto, para condenar a reclamada ao pagamento de 14 minutos, como hora extra, pelo tempo destinado à troca de uniforme, com os mesmos adicionais e reflexos já fixados na sentença para as horas extras.

### **III - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. MATÉRIAS REMANESCENTES**

#### **1. CONDIÇÃO FILANTRÓPICA DO HMV - LIBERAÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL - ART. 899, §10º DA CLT.**

A reclamada alega que se trata de entidade filantrópica, e diante das alterações provocadas pela Reforma Trabalhista deve-se observar a isenção do depósito recursal para as entidades filantrópicas, nos termos do art. 899, § 10º da CLT (Incluído pela Lei nº 13.467/17).

Com razão.



Na forma do § 10º do art. 899 da CLT, "São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial" (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

A reclamada interpôs recurso ordinário em 30.12.20, após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, portanto. Comprova nos autos, ainda, a condição de entidade filantrópica (ID. 5bb26c8 e seguintes). Está, assim, dispensada de efetuar o recolhimento do depósito recursal, nos termos do art. 899, § 10º, da CLT.

Considerando que a reclamada, por cautela, efetuou o recolhimento do valor de R\$ 10.986,80 (ID. 9b15a96) referente ao depósito recursal, cumpre autorizar a devolução do montante, o que ora se determina, mediante a expedição de alvará judicial.

## 2. EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

A reclamada assevera que o contexto probatório dos autos atesta óbice intransponível ao reconhecimento da equiparação salarial, na medida em que as atividades desempenhadas pelo recorrido e pela paradigma não eram idênticas, eis que esta desempenhava atividade que exige uma maior técnica, perfeição e produtividade, sem qualquer acompanhamento permanente. Sinala que as descrições de cargo anexadas aos autos comprovam que as atividades exercidas pelo reclamante enquanto 'Técnico de Enfermagem I' eram distintas dos 'Técnicos de Enfermagem II', com diferentes responsabilidades, não se podendo equiparar o salário percebido pelos empregados, portanto, visto que encontra óbice no artigo 461 da CLT. Requer a absolvição da condenação ao pagamento de diferenças salariais por equiparação.

Sem razão.

O Juízo da origem deferiu o pagamento de diferenças salariais por equiparação, aos seguintes fundamentos (ID. 733f8f2):

*"No caso, a testemunha Rosliene França da Silva informa que "o reclamante fazia as atividades de técnico de enfermagem; que Flávia Cavagnoli Pereira fazia as atividades de técnico de enfermagem, assim como a depoente e o reclamante; que Flávia também trabalhava na sala de recuperação; que não há diferença de atividades entre o técnico de enfermagem e técnico de enfermagem nível 2; que ao que se recorda havia sete técnicos de enfermagem no mesmo turno e no mesmo local; que havia duas salas de recuperação".*

*A testemunha Renata Pereira Silva Artioli declara que "Flávia Cavagnoli era técnica de enfermagem; que Flávia exercia as mesmas atividades do reclamante na sala de recuperação".*

*Pela análise da prova testemunhal, percebe-se que o reclamante e a paradigma exerciam as mesmas funções. É irrelevante se as atribuições são diversas na descrição de cargos quando, na prática, os empregados exercem as mesmas funções.*



*Assim, é devida a equiparação salarial com a paradigma indicada a partir de 01/05/2016, data em que esta foi promovida a Técnico de Enfermagem II, segundo ficha de empregados (ID. 62c8614 - Pág. 2).*

*É equiparável apenas o salário base, pois as demais parcelas, por exemplo, horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional por tempo de serviço, dentre outras, têm caráter pessoal.*

*Indevidos reflexos em repouso semanal remunerado, pois o reclamante é mensalista. Logo, a condenação em diferenças salariais já contempla os repouso semanais remunerados e feriados, nos termos do artigo 7º, da Lei n. 605 /1949.*

*Indevidos reflexos em aviso prévio e acréscimo de 40% sobre os depósitos de FGTS, diante do pedido de demissão do reclamante.*

*Condena-se a reclamada ao pagamento de diferenças salariais por equiparação salarial, existentes entre o salário base do autor e aquele contraprestado à paradigma a partir de 01/05/2016, com reflexos em adicional noturno, hora reduzida noturna, horas extras, quinquênios, 13º salário, férias com 1/3 e FGTS.*

*Para fins de cálculo, deve-se considerar que, nos períodos de suspensão contratual, não é devida a remuneração."*

Assim dispunham o "caput" do art. 461 da CLT e seus parágrafos 1º e 2º, com redação vigente à época do contrato:

*"Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.*

*§ 1º. Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.*

*§ 2º. Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.*

*(...)"*

Por sua vez, assim orienta a Súmula nº 06 do TST:

*"EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012).*

*I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 - alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000).*



*II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982).*

*III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003).*

*IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula nº 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970).*

*V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 - RA 102/1980, DJ 25.09.1980).*

*VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto.*

*VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003).*

*VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977).*

*IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).*

*X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 - inserida em 13.03.2002)".*

Consoante as disposições contidas no art. 461 da CLT, em sua redação anterior, aplicável ao caso, bem como em razão do entendimento expresso na Súmula nº 06 do TST, é devida a equiparação salarial quando equiparando e paradigma, no exercício de funções idênticas, prestam trabalho de igual valor a um mesmo empregador, na mesma localidade, inexistindo entre eles diferença de tempo de serviço superior a dois anos naquela mesma função, e a empresa não tiver quadro de pessoal organizado em carreira.

No caso, o reclamante foi contratado em 04.02.2002 para a função de 'Estagiário Enfermagem', sendo promovido, em 01.05.2002, para a função de 'Técnico de Enfermagem'. O salário do reclamante em 01.04.2019 era de R\$ 2.561,00 (v. ficha funcional de ID. 084efe8).



Pleiteia a equiparação salarial com a paradigma Flávia Cavanholi Pereira, contratada em 21.05.2012, para a função de 'Técnico de Enfermagem', e promovida em 01.01.2016, para a função de 'Técnico de Enfermagem II'. O salário da modelo em 01.04.2019 era de R\$ 3.074,00 (v. ficha funcional de ID. 62c8614).

A testemunha convidada pelo autor, Rosliene, esclarece que "o reclamante fazia as atividades de técnico de enfermagem; que Flávia Cavagnoli Pereira fazia as atividades de técnico de enfermagem, assim como a depoente e o reclamante; que Flávia também trabalhava na sala de recuperação; que não há diferença de atividades entre o técnico de enfermagem e técnico de enfermagem nível 2" (ID. 049d23a).

A testemunha da reclamada, Renata, afirma que "Flávia exercia as mesmas atividades do reclamante na sala de recuperação; que o técnico de enfermagem 2 na sala de recuperação organiza o setor organiza planilhas, faz treinamentos" (ID. 049d23a).

Diante da prova oral produzida, endosso a decisão da origem, no sentido de que o reclamante e o paradigma trabalharam no mesmo setor (sala de recuperação) e exerceram funções idênticas, pelo menos a partir de 2016, quando a paradigma foi promovida para a função de 'Técnico de Enfermagem II'.

Incumbia à reclamada demonstrar o fato de que a paradigma apontada possuía maior produtividade e perfeição técnica que o reclamante, ônus do qual não logrou se desvencilhar a contento.

Devidas, pois, as diferenças salariais postuladas.

Nega-se provimento.

### **3. DIFERENÇAS DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DE GRAU MÉDIO PARA MÁXIMO E SEUS REFLEXOS.**

Não concorda a reclamada com o deferimento ao autor do adicional de insalubridade em grau máximo. Considera equivocado o entendimento do *expert* e da MM. Julgadora quando enquadraram as atividades do recorrido mesmo que de forma intermitente como capazes de ensejar a insalubridade em grau máximo. Sinala que o reclamante fazia uso de todos os EPIs indicados, e que o fornecimento de EPIs preenche o pressuposto no artigo 191 da CLT e da Súmula 289 do TST, devendo ser reconhecida a eliminação/neutralização da insalubridade da atividade através do fornecimento de tais equipamentos, conforme Súmula 80 do TST. Alega que não houve qualquer prova do contato permanente do empregado a pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, mas sim de *possível* contato *meramente eventual* a tal situação, ou seja, não se trata de realidade que se enquadre na situação prevista na Norma Regulamentar. Assevera que, nos termos da NR-15, as atividades insalubres em grau máximo para os



trabalhadores que prestam serviços em estabelecimentos destinados ao cuidado da saúde humana são restritas aos que possuem contato com pacientes, ou objetos de seu uso, isolados em determinado espaço físico por apresentarem doença infectocontagiosas, por longo tempo de exposição e de forma concentrada, o que não era o caso do autor. Requer a absolvição da condenação imposta.

Sem razão.

Assim decidiu o Juízo "a quo" (ID. 733f8f2):

*"Realizada perícia técnica (ID. b903813), a perita informa que o reclamante atendia pacientes de cirurgias eletivas e que os pacientes portadores de doenças infectocontagiosas eram operados à noite, permanecendo em leitos de isolamento. A especialista conclui que o reclamante trabalhou em atividades insalubres em grau máximo pelo contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, nos termos do Anexo 14 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78.*

*A reclamada impugna o laudo, aduzindo, em síntese, que são tomadas todas as precauções e cuidados para que não haja contaminação.*

*O laudo pericial está devidamente fundamentado. Tem-se ciência que, hodiernamente, não mais existem setores de isolamento de pacientes com doenças infectocontagiosas, de modo que todos os que trabalham no hospital estão expostos a agentes biológicos em grau máximo, em especial, aqueles que lidam com pacientes e seus materiais.*

*Assim, o reclamante estava exposto a agentes insalubres em grau máximo durante toda a contratualidade.*

*A base de cálculo é o salário mínimo nacional, nos termos da Súmula Vinculante n. 4 do STF.*

*Indevidos reflexos em repouso semanal remunerados, pois o adicional de insalubridade é pago em razão do mês.*

*Não há reflexos em aviso prévio e no acréscimo de 40% sobre o FGTS, pois o reclamante pediu demissão.*

*Condena-se a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo sobre o salário mínimo nacional com reflexos em adicional noturno, hora reduzida noturna, horas extras, 13º salário, férias com 1/3, e FGTS.*

*Autoriza-se a dedução de parcelas pagas a título de adicional de insalubridade em grau médio."*

Dispõe o art. 189 da CLT que serão consideradas insalubres as atividades ou operações que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima de limites considerados de tolerância e fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.





O art. 192 da CLT estabelece que, conforme o grau de insalubridade, o empregado terá direito a perceber adicional de 10%, 20% ou 40%, segundo se considere a insalubridade mínima, média ou máxima, respectivamente, calculado sobre o salário mínimo.

Determinada a realização de perícia para verificação das condições de trabalho, a perita concluiu que as atividades desempenhadas pelo reclamante são consideradas insalubres em grau máximo durante todo o contrato de trabalho, com base na Lei nº 6.514/77 e na NR-15 no Anexo 14 do MTE, aprovada pela Portaria 3.214/78.

Consta do laudo pericial (ID. b903813):

***"2.2. Dados do Reclamante e descrição das atividades realizadas (Anexo II)***

*\* Data da admissão: 04/02/2002*

*\* Data da rescisão: 10/10/2020*

*\* Adicionais recebidos: Recebe adicional de Insalubridade em grau médio*

*\* Adicionais reclamados: Adicional de Insalubridade em grau máximo*

*\* Exerceu a função de Técnico de Enfermagem*

*\* Setor do Reclamante: Centro de Recuperação Pós Cirúrgica*

*(...)*

***Conforme o Reclamante, atuou na sala de recuperação nos últimos quatorze anos, ou seja, desde 2006.***

*Recebia os pacientes vindos das cirurgias e realizava os cuidados de atribuição do Técnico de Enfermagem, sendo troca de curativos, fraldas e absorventes. Realizava a colocação de "comadre e papagaio" hospitalares e cubas para vômitos.*

*Realizava a movimentação dos pacientes no leito e as trocas de roupas de cama.*

*Relatou que cada técnico atendia em média seis pacientes por turno.*

*Os pacientes que atendia eram todos de cirurgias eletivas.*

*Relatou que quando havia pacientes portadores de doenças infectocontagiosas para realizar cirurgia, essas eram realizadas à noite devido à redução de movimento no hospital. O Autor atuava no turno da noite (em que trabalhava). Os pacientes portadores de doenças infectocontagiosas eram diagnosticados com KPC, Acineto, Hepatite e doenças autoimunes.*

*Relatou que os pacientes diagnosticados com doenças infectocontagiosas permaneciam em box de isolamento, sendo alguns separados fisicamente e outros separados dos demais por cortinas.*



*Utilizava os seguintes EPIs: luvas, óculos de proteção, máscara e avental.*

**Conforme a Reclamada**, concordou em parte com os relatos. Acrescentou que os técnicos ao tratarem os pacientes seguem o procedimento respeitando os cinco momentos de higiene de mãos para prevenção das suas saúdes e também dos pacientes.

*Todos os funcionários são informados e treinados para os cuidados especiais ao tratarem de pacientes portadores de doenças infectocontagiosas.*

*Era recomendação do hospital que as cirurgias para pacientes com Acinetobacter e germes multirresistentes ocorressem prioritariamente à noite.*

*O isolamento era de contato, ou seja, cuidados maiores com gotículas e aerossóis.*

### **2.3 . Equipamentos de Proteção Individual**

A Reclamada apresentou a ficha de EPI's do Reclamante.

\* Óculos de proteção, CA 11308;

\* Protetor auditivo, CA 5674;

*Não evidenciamos documentos que comprovassem o recebimento por parte da Autora de outros EPI's como máscaras, luvas, entre outros.*

A Norma Regulamentadora NR-6 (Equipamento de Proteção Individual) do Ministério do Trabalho e Emprego esclarece que: "é obrigação do empregador adquirir o EPI adequado à atividade, fornecer ao trabalhador, treiná-lo para o uso correto, registrar o seu fornecimento ao trabalhador e exigir seu uso", desde que a atividade do trabalhador requeira EPI's que elidam os riscos à sua saúde.

## **3. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE (...)**

### **3.2 - Agentes Biológicos**

*De acordo com o Anexo N° 14 da Norma Regulamentadora 15 da Portaria 3.214 de 1978 temos:*

**"Insalubridade de grau máximo**

*Trabalhos ou operações, em contato permanente, com:*

- ***pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;***
- *carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pelos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose);*
- *esgotos (galerias e tanques), e*
- *lixo urbano (coleta e industrialização)."*

*Da análise das atividades do Reclamante, da coleta de dados durante a Perícia (depoimento do Reclamante e Reclamada) e dos documentos disponíveis, podemos apurar, que o mesmo executou atividades com exposição habitual e permanente a*



*agentes biológicos em potencial, em condições de contração de doenças infectocontagiosas, como a Hepatite, Aids, Gripe H1N1, tuberculose, contaminações bacterianas e virais, caracterizado pelas suas atividades como Técnico de Enfermagem nos seus atendimentos. Neste local prestava atendimento habitual de pacientes, com exposição ao sangue, tecidos, resíduos orgânicos e líquidos em geral.*

*Embora o Reclamante tenha relatado a utilização de EPI"s, a Reclamada não apresentou os devidos e adequados controles, ou seja, não evidenciamos os registros de máscaras, luvas e aventais, EPI"s necessários para prevenção de doenças infectocontagiosas.*

*Foi solicitado durante a perícia, os PPRA's dos anos de 2017 e 2019 (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais) para análise. A Reclamada encaminhou tais documentos.*

*O Reclamante na realização de suas atividades sem o uso de equipamentos de proteção adequados (esta análise está baseada nos relatos e na falta de registros e controles da Ficha de EPI"s), esteve exposto aos riscos existentes de contração de doenças infectocontagiosas.*

*A respeito do contágio de doenças infectocontagiosas, podemos apresentar as seguintes considerações, sendo que o mesmo, pode-se apresentar de duas formas:*

*\* contágio imediato: implica na justaposição de superfícies, reduzindo a zero o tempo de exposição do agente ao meio exterior;*

*\* contágio mediato: sem justaposição de superfícies, mas sempre ocorre com o relacionamento que assegura tempo de permanência do agente no meio exterior suficientemente curto para que o material infectante não se altere. Três formas de contágio mediato devem ser referidas, como: por gotículas, composta por um núcleo infectante envolto em massa líquida, são projetadas pela fonte de infecção ao respirar, falar, tossir ou espirrar; por fômites, entende-se por fômite um objeto qualquer (talheres, seringas, agulhas, brinquedos, chupetas, por exemplo) contaminado; pelo mecanismo mão/boca, a mão do novo hospedeiro se contamina com material infectante recentemente eliminado pela fonte de infecção, sendo o agente por ela conduzido para a boca ou mesmo para outra porta de entrada possível, como as mucosas nasal ou conjuntivas.*

*Diante do exposto, somos do parecer, que o trabalho do Reclamante, transcorreu sob condições de Insalubridade em Grau Máximo, de acordo com o Anexo 14 da NR 15, em razão da exposição habitual e permanente aos agentes biológicos em potencial, na sua atividade como Técnica de Enfermagem no atendimento de pacientes nos locais relatados, com risco de contágio de doenças infectocontagiosas, contaminações bacterianas e virais. O emprego dos EPI"s (luvas), frente aos riscos existentes de natureza biológica, não possui condições de neutralizar completamente os riscos de contração de doenças infectocontagiosas."*

Consigne-se que a perícia é a prova por excelência para investigação de trabalho em condições potencialmente lesivas à saúde do trabalhador, conforme dispõe o art. 195 da CLT:

*"A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho".*



Porém, consabidamente, o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, pois pode formar a sua convicção com base em outros elementos ou fatos provados nos autos, nos termos do artigo 479 do CPC de 2015.

Na espécie, diante dos elementos probatórios, entende-se que as atividades exercidas pelo reclamante, relatadas à perita, sem divergências substanciais da reclamada, são insalubres em grau máximo.

Restou demonstrado que, no exercício de sua atividade, o autor manteve contato diário com pacientes portadores de enfermidades infectocontagiosas, bem como secreções e objetos utilizados pelos pacientes, não previamente esterilizados, em constante exposição a agentes biológicos. Tal presunção não foi elidida por qualquer prova produzida nos autos.

Registre-se que a interpretação atual da Norma Reguladora em questão (Anexo 14 - Agentes Biológicos - da NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho) é de que se refere a patologias diversas de graves naturezas e consequências, que merecem cuidados especiais, por serem passíveis de situações infectocontagiosas.

Ademais, não se pode pretender que o contato não permanente com o agente insalubre, descaracterize o direito à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo, quando existente a habitualidade no desempenho das funções profissionais. O contato com agentes biológicos não precisa ser prolongado ou contínuo para que haja o risco de contaminação.

Nesse contexto, deve ser mantido o deferimento das diferenças do adicional de insalubridade, pelo enquadramento das atividades do reclamante como insalubres em grau máximo, na forma do decidido.

Recurso desprovido.

#### **4. DIFERENÇAS DE FGTS.**

A reclamada assevera que a condenação ao pagamento de diferenças FGTS é acessória as parcelas decorrentes da presente ação, e, diante do provimento do recurso, requer seja afastada também, a condenação ao pagamento diferenças de FGTS.

Sem razão.

Confirmada a condenação ao principal imposta à reclamada, mantém-se, por via lógica, a sua condenação acessória ao pagamento do FGTS incidente sobre as verbas salariais deferidas na sentença. Trata-se de imposição legal contida no art. 15 da Lei nº 8.036/90.

Nega-se provimento.



## 5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

Diante da reversão da condenação, requer a reclamada a absolvição da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, devendo ser arbitrados honorários à parte autora, em razão da sucumbência recíproca. Por cautela, requer a redução do percentual para 5%, calculado sobre o valor líquido.

Sem razão.

O Juízo deferiu honorários advocatícios ao procurador do reclamante, fixados em 15% do valor líquido da condenação, nos termos da OJ 348 da SDI-1 do TST. Em relação aos honorários devidos pelo autor, entendeu que não pode haver a cobrança de honorários advocatícios do beneficiário de justiça gratuita (ID. 733f8f2).

Considerando que restou mantida a condenação da reclamada quanto ao principal, mantém-se também a condenação em honorários sucumbenciais, como decorrência lógica, destacado-se que se trata de ação ajuizada em 30.12.20, na vigência da Lei 13.467/17, tendo incidência o art. 791-A da CLT.

Quantos aos honorários devidos pela reclamada, observados os parâmetros indicados no § 2º do dispositivo citado, ou seja, considerados o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo exigido para o seu serviço, mantenho a verba honorária em 15%, como fixado na origem, aos procuradores do autor.

De outra parte, sendo o reclamante beneficiário da Justiça Gratuita, não é devido o pagamento de honorários de sucumbência sobre as pretensões julgadas improcedentes, aplicando-se sobre a matéria a decisão do E. Supremo Tribunal Federal na ADI 5766, declarando inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho e conferindo eficácia plena, na Justiça do Trabalho, ao princípio insculpido no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República. Observe-se que o STF não modulou a decisão, de sorte que sua aplicação ocorre desde logo, podendo alcançar ações em curso.

Desta feita, incabível a condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, como pretende a reclamada.

Por fim, o percentual incide sobre o valor que resultar da liquidação de sentença, como já decidido na origem.

Esclareça-se que o valor que resulta da liquidação de sentença sobre o qual incidem os honorários advocatícios é o valor bruto da condenação, de acordo com a Orientação Jurisprudencial 348 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho:



*"Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários".*

A expressão "valor líquido" contida na Orientação supra significa valor liquidado, sem o desconto das contribuições previdenciárias e do imposto de renda de responsabilidade do empregado, ou seja, o valor bruto da condenação. No mesmo sentido, o entendimento consagrado na Súmula 37 da Jurisprudência Uniforme deste Tribunal Regional:

*"Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação".*

Nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamada, no tópico.

MARIA SILVANA ROTTA TEDESCO

Relator

## VOTOS

**DESEMBARGADORA FLÁVIA LORENA PACHECO:**

**VOTO DIVERGENTE:**

**I - RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS PELA RECLAMADA E PELO RECLAMANTE.  
IDENTIDADE DE MATÉRIAS. ANÁLISE CONJUNTA**

**1. HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS REGIMES COMPENSATÓRIOS**

*Data venia* dos fundamentos expostos pela Exma. Desembargadora Relatora no tocante ao item em epígrafe, dirijo parcialmente da solução dada ao recurso ordinário da reclamada, nos termos dos fundamentos que seguem.

Quanto aos efeitos da declaração da invalidade do regime compensatório adotado pela reclamada, trabalho em regime de escalas 12x36, examino por períodos, separadamente, assim considerados o período que antecedeu a reforma trabalhista, bem como o período que a sucedeu.

Registro, inicialmente que, no caso dos autos, durante todo o período imprescrito há normas coletivas autorizando a adoção de trabalho em regime de escalas 12x36, sendo que, a partir de 01.04.2018, há autorização expressa quanto a adoção do referido regime de trabalho, mesmo em atividade insalubre.



Ainda que assim não fosse, esta Turma Julgadora firmou entendimento no sentido de que empresas das áreas de saúde e de vigilância, em razão da especificidade dos serviços prestados, podem adotar o regime de escalas 12x36, ainda que insalubres as atividades desenvolvidas pelos seus empregados, desde que através de norma coletiva, ainda que nada refira às disposições insertas no art. 60 da CLT. Sinalo que este entendimento, em parte, foi contemplado pela reforma trabalhista, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 60 da CLT, condição que validaria o trabalho em regime de escalas 12x36 por todo o período imprescrito.

No entanto, no período anterior a 11.11.2017, data que entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a reforma trabalhista, comungo do entendimento da Exma. Desembargadora Relatora, no sentido de que o trabalho em sobrejornada, pela adoção concomitante da compensação através de banco de horas, invalida o regime de trabalho em escalas 12x36, em face de tratar-se de trabalho em longa jornada, sendo necessário a observação dos seus limites, sob pena de resultar em prejuízo ao trabalhador.

A partir de 11.11.2017, ainda que autorizada por lei a adoção de trabalho em regime de escalas 12x36 em atividade insalubre, sem a observação das disposições insertas no art. 60 da CLT, a adoção concomitante da compensação através de banco de horas, referentes as horas laboradas em sobrejornada, continuam a invalidar o regime de trabalho 12x36, uma vez que não se aplica a este regime de trabalho, as disposições insertas no parágrafo único, do art. 59-B da CLT, conforme entendimento expresso em decisão do C. TST (TST, RR - 1000761-18.2018.5.02.0708, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 18/09/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/09/2019).

Portanto, em face dos fundamentos supra, cumpre reformar parcialmente a decisão recorrida, no tópico, para limitar a condenação da reclamada.

Destarte, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada, para limitar a condenação em horas extras ao pagamento do adicional de horas extras da 8ª até a 12ª hora diária, bem como do valor hora, acrescido do adicional de horas extras, da 12ª hora diária até a 44ª hora semanal, de forma não cumulativa, observados os demais critérios fixados na sentença que não colidam com a presente decisão.

É como voto.

No mais, acompanho o judicioso voto condutor.

**DESEMBARGADORA VANIA MATTOS:**

**HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS REGIMES COMPENSATÓRIOS**



Em que pesem os fundamentos do voto da Exma. Desembargadora Relatora, **entendo que a disposição da norma coletiva referida (2018/2020) aplicável ao caso não é a que trata do banco de horas, mas a cláusula específica sobre a compensação de DOZE HORAS DE TRABALHO POR TRINTA E SEIS DE DESCANSO (12 x 36)** (id bcab079 - Pág. 8):

**CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEGUNDA - ESCALA DE JORNADA 12 X 36**

*Os Sindicatos convenentes, por entenderem que as características que envolvem as atividades hospitalares e similares merecem regulamentação especial, principalmente devido às especificidades acerca da essencialidade dos serviços, à natureza assistencial e ininterrupta do atendimento, à ausência de transporte público regular aos trabalhadores em horário noturno e à falta de segurança pública, que determinam o interesse dos representados das respectivas categorias, profissional e patronal, em regulamentar por norma coletiva esta jornada de trabalho peculiar, acordam que os empregadores poderão manter e/ou implementar um sistema de escala de jornada de trabalho 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, usual nos hospitais e consagrado historicamente no setor da saúde, mesmo na hipótese de atividade insalubre, independente da licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, nos termos do par. 1º do art. 60 e art. 611-A, inciso XIII, ambos da CLT.*

**Parágrafo Primeiro** - Na Escala 12 x 36, os empregadores poderão ajustar escalas de jornada de 12 (doze) horas de atividade intercaladas por repouso de, no mínimo, 36 (trinta e seis) horas, concedendo 1 (uma) folga mensal, devendo ser mantidas as folgas adicionais que porventura estejam sendo concedidas pelos empregadores, sem que as horas excedentes à oitava de cada jornada sejam consideradas extraordinárias.

**Parágrafo Segundo** - É acordada entre as partes a possibilidade de realização da Escala 12 x 36 diurna para as clínicas e pequenos estabelecimentos de saúde até o limite de 50% (cinquenta por cento) do quadro de empregados, concedendo-se 1 (uma) folga mensal, devendo ser mantidas as folgas adicionais que porventura estejam sendo concedidas pelos empregadores, sem que as horas excedentes à oitava de cada jornada sejam consideradas extraordinárias.

**Parágrafo Terceiro** - Fica o empregado e o empregador autorizados, a qualquer tempo, a suspender o sistema de escala 12x36.

**Parágrafo Quarto** - Possibilita-se a prorrogação da Escala 12x36 cuja duração exceda 10 (dez) minutos diários até o limite de 30 (trinta) minutos diários, sem que tal implique na descaracterização e nulidade da modalidade de jornada adotada, podendo tal período ser objeto de compensação em banco de horas.

**Parágrafo Quinto** - Possibilita-se a realização de regimes compensatórios, seja semanal, seja banco de horas, inclusive de forma cumulativa, desde que não habitual e não ultrapassadas 10 (dez) horas diárias de trabalho, sendo autorizada para todos empregados, mesmo para os que exercem as atividades em ambientes insalubres, independente da licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 611-A, inciso XIII da CLT, e não implicará na descaracterização e nulidade da modalidade adotada, considerando-se a especificidade assistencial dos serviços. (grifei)





A norma coletiva autoriza expressamente a sistemática adotada pela ré, em especial, porque, na maioria dos registros, não se verifica excesso dos limites nela definidos, pois o trabalho computado no banco de horas estava restrito a poucos minutos, sem acarretar qualquer violação às normas coletivas e prevalentes.

Diante desse contexto, dou provimento ao recurso da demandada para reconhecer a validade do sistema de compensação de jornada adotado e excluir a condenação ao pagamento de horas extras, por afastada a respectiva causa de pedir.

**PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:**

**DESEMBARGADORA MARIA SILVANA ROTTA TEDESCO (RELATORA)**

**DESEMBARGADORA FLÁVIA LORENA PACHECO**

**DESEMBARGADORA VANIA MATTOS**

