



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

Recurso Ordinário Trabalhista 0020555-98.2022.5.04.0141

Relator: EMILIO PAPAEO ZIN

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 14/03/2024

Valor da causa: R\$ 314.488,08

Partes:

RECORRENTE: LUIZA FERREIRA PACHECO

ADVOGADO: RAISSA OLIVEIRA SCHERER

RECORRENTE: FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL E BENEFICENTE DE CAMAQUA

ADVOGADO: MAURICIO COSTA RODRIGUES

RECORRIDO: LUIZA FERREIRA PACHECO

ADVOGADO: RAISSA OLIVEIRA SCHERER

RECORRIDO: FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL E BENEFICENTE DE CAMAQUA

ADVOGADO: MAURICIO COSTA RODRIGUES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
7ª Turma

Identificação

PROCESSO nº 0020555-98.2022.5.04.0141 (ROT)

RECORRENTE: LUIZA FERREIRA PACHECO, FUNDACAO ASSISTENCIAL E BENEFICENTE DE CAMAQUA

RECORRIDO: LUIZA FERREIRA PACHECO, FUNDACAO ASSISTENCIAL E BENEFICENTE DE CAMAQUA

RELATOR: EMILIO PAPAEO ZIN

EMENTA

ACÚMULO DE FUNÇÕES. As diferenças salariais por acúmulo de funções somente são cabíveis em se tratando de novação objetiva do contrato de trabalho, quando o empregado passa a desempenhar juntamente à função original, outra totalmente diversa, ou na hipótese de maior qualificação técnica ou responsabilidade, o que é o caso dos autos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, REJEITAR a prefacial de não conhecimento do recurso da reclamada, invocada em contrarrazões pela reclamante. No mérito, por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ordinário da reclamada, FUNDACAO ASSISTENCIAL E BENEFICENTE DE CAMAQUA, para postergar para a fase de liquidação de sentença o debate acerca do recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais e para absolvê-la da condenação ao pagamento da indenização por danos morais. Por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ordinário da reclamante, LUIZA FERREIRA PACHECO, para, nos termos da fundamentação, declarar a invalidade do banco de horas e condenar a reclamada ao pagamento de horas extras excedentes à 6ª diária e 40ª semanal, nos períodos de 04/12/2019 a 11/05/2020, de 15/06/2020 a 31/07/2020 e de 13/10/2021 a 16/03/2022, e à 8ª diária e 44ª semanal, nos períodos de 12/05/2020 a 14/06/2020 e de 01/08/2020 a 12/10/2021, com adicionais legais ou normativos, o que for mais benéfico, com reflexos em repousos semanais remunerados, feriados, férias com 1/3, 13º salários e FGTS; para condenar a reclamada ao pagamento em dobro do labor em domingos sem a concessão da respectiva folga compensatória ou a devida contraprestação, conforme apurado em liquidação de sentença, e para majorar os honorários advocatícios devidos em favor dos procuradores da autora para 15% sobre o valor



Assinado eletronicamente por: EMILIO PAPAEO ZIN - 19/11/2024 18:15:27 - c73d524

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2406292221283110000088019105>

Número do processo: 0020555-98.2022.5.04.0141

ID. c73d524 - Pág. 1

Número do documento: 2406292221283110000088019105

liquidado da condenação. Custas de R\$ 400,00, sobre o valor ora acrescido à condenação de R\$ 20.000,00, para os fins legais, pela reclamada.

Intime-se.

Porto Alegre, 19 de novembro de 2024 (terça-feira).

RELATÓRIO

Diante da sentença que julgou parcialmente procedente a ação, complementada pela de embargos de declaração, as partes interpõem recursos ordinários.

A reclamada busca a reforma da sentença quanto aos pedidos de adicional de insalubridade, acúmulo de funções, danos morais, vale-transporte e descontos previdenciários e fiscais.

A reclamante, por sua vez, requer a reforma da decisão quanto aos seguintes temas: benefício de justiça gratuita à reclamada, honorários advocatícios, crime de falso testemunho, adicional de insalubridade, horas extras, invalidade do regime compensatório, intervalo intrajornada, domingos e feriados laborados, sobreaviso, danos morais e FGTS com 40%.

As partes apresentam contrarrazões recíprocas, requerendo a reclamante, em preliminar, o não conhecimento do apelo da reclamada por deserto.

Os autos sobem a este Tribunal para exame e julgamento dos recursos.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

REGISTRO INICIAL

A presente decisão observa dispositivos legais da Lei nº 13.467, que entrou em vigor em 11.11.2017, considerando o período debatido entre as partes, resguardado o direito adquirido.

Trata-se de ação ajuizada em 20/10/2022, por trabalhadora admitida pela reclamada em 04/12/2019 como enfermeira, com pedido de demissão em 16/03/2022, quando percebia o salário base mensal de R\$ 3.871,86.



PRELIMINARMENTE**NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA RECLAMADA. DESERÇÃO**

Em contrarrazões, a reclamante suscita o não conhecimento do recurso interposto pela reclamada, devido à ausência de preparo exigido pelo art. 899, §1º, da CLT. Alega que a ré não apresenta documentos suficientes para comprovar a situação financeira da empresa ou a impossibilidade de arcar com o preparo recursal. Ressalta que, ainda que seja mantido o benefício, este abrange somente as custas processuais e não o depósito recursal, que tem por objetivo garantir o Juízo e amparar futura execução do título executivo.

Analiso.

O Juízo de origem assim fundamentou sua decisão (ID. bf69b41 - Pág. 2):

"No caso em análise, a reclamada apresenta balanço patrimonial comprovando a impossibilidade de arcar com as despesas do processo.

Em que pese se trate de instituição privada, o hospital reclamado atende essencialmente pelo SUS e o seu funcionamento depende substancialmente de verba pública destinada à saúde, o que justifica o pleito.

Assim sendo, defere-se o benefício à reclamada, na forma do §3º, do art. 790 da CLT."

Ao exame.

Determina o art. 98, §1º, incisos I e VIII, do Código de Processo Civil:

"Art.98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

(...)

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório."

Conforme inteligência da Súmula nº 463 do TST, é cabível a concessão da assistência judiciária à pessoa jurídica quando comprovada sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo. Refere a Súmula:



"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 - republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I - A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II - No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo."

A reclamada anexou com a defesa balanços patrimoniais dos anos de 2019, 2020 e 2021 (ID. 86f0de7 e ss.), que apontam um passivo descoberto em 31 de dezembro de 2021 na ordem de R\$ 32.916.669,80. Diante de tal contexto, reputo devidamente demonstrado o estado de crise financeira da demandada, inexistindo indício de modificação posterior. Entendo que tal situação denota a impossibilidade de arcar com as despesas do processo, sendo cabível a concessão do benefício da justiça gratuita.

Assim, na linha do procedente desta Turma em processo envolvendo a mesma reclamada (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020601-58.2020.5.04.0141 RORSum, em 13/05/2021, Des. Wilson Carvalho Dias - relator), mantenho o benefício concedido na sentença.

Desta forma, não há falar em deserção.

Rejeito.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

ACÚMULO DE FUNÇÕES

A reclamada insurge-se quanto ao deferimento do pedido de diferenças salariais por acúmulo de função. Alega que a reclamante foi contratada na função de enfermeira, a qual abarca um vasto leque de atividades dentro de uma instituição hospitalar, conforme a descrição de seu cargo e as orientações do Conselho Federal de Enfermagem. Sustenta que o aumento do volume de trabalho ou a realização de atividades mais complexas, ainda que possam ser mais desgastantes ou demandem maior responsabilidade, não caracterizam, por si só, acúmulo de funções. Aduz que a comunicação aos pacientes e familiares de diagnósticos e falecimentos, dentro do ambiente hospitalar, não é tarefa exclusiva dos médicos. Diz que em um ambiente de trabalho hospitalar é natural que os enfermeiros, em razão de sua presença constante, possam eventualmente precisar comunicar óbitos, especialmente em situações de urgência, não caracterizando acúmulo de funções. Cita precedentes. Sustenta que a questão referente à realização de passagem de PAM ou PAI, também é de competência dos enfermeiros, não



caracterizando desvio ou acúmulo de funções. Invoca o art. 13 da COFEN nº 311/2007, o art. 1º do COFEN nº 703/2022 e o art. 20 do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem 2007. Requer a reforma da sentença para que seja absolvida da condenação.

Analiso.

O Juízo de origem assim fundamentou sua decisão (ID. bf69b41 - Pág. 4/5):

"Sobre o tópico, a preposta da reclamada, ao ser perguntado se a reclamante fez passagem de PAN, respondeu que ""por um tempo ela fez, quando atuou na UTI, mas não sabe especificar por quanto tempo, tendo em vista que é uma atividade que deve ser feita por médico ou por enfermeiro capacitado, que a reclamante não tinha"", que ""ela não tinha a orientação de realizar esse procedimento"", que ""não sabe porque ela e outros enfermeiros realizavam essa atividade"", que "" quando a depoente, no exercício da função de responsável técnica, soube que a reclamante e outros enfermeiros faziam essa atividade, a depoente determinou que não fizessem mais"" e que ""havia médico suficiente para fazer essa atividade, já que a UTI não funciona sem médico"".

A primeira testemunha da parte autora, Talisson dos Santos Nunes, ao ser perguntado se a reclamante fazia passagem de PAN, afirmou que ""sim; que inclusive ajudou a reclamante por duas oportunidades"", que ""nas vezes em que o depoente ajudou a reclamante, não havia médico na UTI"", que ""o médico estava para chegar, mas, em razão da gravidade do estado do paciente, não era possível esperar"", que ""já presenciou a reclamante dando notícia de diagnóstico de paciente para familiares, tanto presencial, quanto por telefone"", que ""era comum a falta de médico na UTI"" e perguntado se via possibilidade da UTI funcionar sem médico, disse que ""quando trabalhou lá, a UTI funcionou sem médico"" e perguntado pelo juízo quanto tempo a UTI ficava sem um médico disponível, respondeu que ""aconteceu de ficar por uma hora, por 3 horas e até por um turno inteiro"".

No mesmo sentido, o depoimento da segunda testemunha da parte autora, Anelise Moraes Oliveira, ao afirmar que ""com a reclamante, trabalhou especificamente na UTI, no mesmo turno, durante o dia"", que ""a reclamante também fazia a passagem de PAN na ausência dos médicos e isso acontecia com frequência"", que ""a depoente também fazia essa passagem e quem ensinou a depoente foi a reclamante"" e ao ser perguntado quanto tempo máximo a UTI ficou sem médico, respondeu que ""chegou a ficar 6 horas sem médico, ou seja, um turno inteiro de trabalho"" e perguntado pelo juízo se não tinha acesso a nenhum médico nesse período, disse que ""tinha o médico do OS que podiam chamar se houvesse algum óbito, mas nenhum médico dentro da UTI"".

Por fim, a única testemunha da reclamada, Thais Almeida Souza Leite, disse que ""trabalhou com a reclamante na UTI"", que ""não faltava médico com frequência na UTI"", que ""se faltasse por algumas horas, sempre tinham uma retaguarda de médicos de outros setores"".

Inicialmente, registra-se que o atendimento de enfermagem em mais de um bloco ou mesmo em bloco diverso daquele para o qual iniciou suas atividades não se traduz em acúmulo ou desvio de função. A função em qualquer um desses setores é da mesma natureza e exige a mesma formação, além de ser remunerada da mesma forma pelo hospital reclamado. Eventual excesso de trabalho diz com a maior quantidade de trabalho e não com a espécie ou qualidade do trabalho prestado.



De outra parte, a prova oral demonstra que a reclamante, fazia atividades inerentes aos médicos, o que caracteriza desvio de função.

Assim, acolhe-se, em parte, a tese obreira quanto à realização das atividades de médicos e condena-se a reclamada ao pagamento de diferenças salariais na ordem de 30% sobre o salário efetivamente pago, com reflexos em férias com 1/3, gratificações natalinas, horas extras, FGTS (cujo valor deve ser depositado na conta vinculada da autora)."

As diferenças salariais decorrentes de acúmulo de funções só são cabíveis em se tratando de novação objetiva do contrato, quando o empregado passa a desempenhar juntamente à função original, outra totalmente diversa. O art. 456 da CLT, em seu parágrafo único, determina: "*à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal*".

O acúmulo de funções que pode, em tese, ensejar o acréscimo postulado é aquele de maior complexidade e/ou responsabilidade. Tenho como conceito de função e de tarefa os seguintes:

"função é o conjunto sistemático de atividades, atribuições e poderes laborativos, integrados entre si, formando um todo unitário no contexto da divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. A tarefa consiste em uma atividade laborativa específica, estrita e delimitada, existente na divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. É uma atribuição ou ato singular no contexto da prestação laboral. A reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas dá origem a uma função" (in Curso de Direito do Trabalho, Delgado, Maurício Godinho, 3ª ed. 2ª tiragem, LTr ed., 2004, pág. 1009)."

Tenho que as atividades descritas na prova oral produzida configuram acúmulo de funções, já que afirmado pela preposta da ré e pelas testemunhas ouvidas a convite da autora, que a reclamante, quando trabalhou na UTI, fazia a passagem de PAM (pressão arterial média), atividade esta que deveria ser feita por médico ou por enfermeiro capacitado, sendo que a reclamante não tinha autorização para fazer tal procedimento.

Deste modo, comprovado o acúmulo de função que exigiu da reclamante maior qualificação, complexidade e/ou responsabilidade, entendo que as tarefas atribuídas não estão contidas nos limites do "*ius variandi*" do empregador, sendo devidas as diferenças deferidas em sentença, cujo percentual restou corretamente fixado na decisão recorrida à razão de 30% do salário contratual da autora, com reflexos.

Nego provimento.

VALE-TRANSPORTE



A reclamada insurge-se contra a condenação ao pagamento de vale-transporte. Alega que não restou demonstrado nos autos que a reclamante utilizava o transporte público, tampouco acerca da realização da opção pela percepção do vale transporte. Postula pela absolvição em relação a condenação.

Sem razão.

A sentença condenou a ré ao pagamento de vale-transporte sob o seguinte fundamento (ID. bf69b41 - Pág. 15):

"Pelos locais de residência e trabalho da empregada, se presume a necessidade de utilização de transporte. Pela aplicação do Princípio da aptidão para a prova, ao empregador cumpre a cautela de questionar, por escrito, a necessidade do empregado, fazendo assim, prova de eventual dispensa de recebimento do benefício.

Assim, condena-se a reclamada ao pagamento do valor equivalente a duas passagens de ônibus, por dia de deslocamento no trajeto casa /trabalho e trabalho/casa."

O fornecimento de vale transporte é uma obrigação imposta ao empregador em decorrência do contrato de trabalho (art. 1º da Lei nº 7.418/85). Logo, competia à reclamada comprovar o fornecimento do benefício ou a pretensão do empregado em não fazer uso, ônus do qual não se desincumbiu.

Nesse sentido, súmula nº 460 do TST:

SÚMULA Nº 460 DO TST. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA

É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

Nego provimento.

RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

A reclamada busca seja reformada a decisão quanto às contribuições previdenciárias e fiscais. Aduz que se trata de entidade filantrópica, estando, pois, isenta de contribuições à seguridade social e aquelas que tratam os artigos 22 e 23 da Lei 8.112/91 (imposto de renda e INSS).

Com razão, em parte.

A demandada demonstrou que é entidade filantrópica (ID. 9576aaa). Contudo, tal condição deve ser demonstrada em fase de liquidação de sentença para fins de obtenção de isenção da cota patronal. Assim postergo para a fase de liquidação de sentença o debate acerca do recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais.



Apelo parcialmente provido.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

JUSTIÇA GRATUITA

A reclamante não se conforma com o deferimento do benefício da justiça gratuita à reclamada. Alega que a reclamada possui diversas fontes de receitas de origem privada, abrangendo convênios e instituições privadas, de modo que seu patrimônio não possui natureza pública, para os fins de extensão das prerrogativas da Fazenda Pública. Aduz que os balanços patrimoniais com dívidas da reclamada, não comprovam os rendimentos anuais recebidos pelo hospital, não fazendo jus ao benefício, eis que não houve prova cabal de sua hipossuficiência econômica.

Sem razão.

Conforme tópico precedente, foi rejeitada a prefacial suscitada pela reclamante em contrarrazões e mantido o benefício da justiça gratuita concedido à reclamada na sentença.

Assim, reportando-se aos fundamentos lançados no supracitado tópico, nego provimento ao recurso.

CRIME DE FALSO TESTEMUNHO

A reclamante alega que a testemunha da reclamada mentiu descaradamente na solenidade, ainda que compromissada a dizer somente a verdade. Requer a aplicação da multa do art. 793-D, da CLT e da multa por litigância de má-fé, nos termos do art. 88, do CPC, além da determinação de expedição de ofício à Polícia Federal para análise do crime de falso testemunho. Sucessivamente, pugna que seja desconsiderado o depoimento prestado pela testemunha da ré.

Analiso.

Tenho que a posterior alegação de crime de falso testemunho não tem o condão de desconstituir o depoimento da testemunha da reclamada, que prestou compromisso de dizer a verdade e não recebeu nenhuma impugnação pela autora durante a audiência (ata, ID. 49421e7).

Ressalto, ainda, que sequer foi suscitado pela autora cerceamento de defesa.

Provimento negado.

HORAS EXTRAS. INVALIDADE DO REGIME BANCO DE HORAS E 12X36



A reclamante não se conforma com o indeferimento do pedido de horas extras pela invalidade dos regimes de banco de horas e 12x36. Alega que o regime de compensação adotado pela ré é nulo. Diz que a modalidade horária adotada pela ré é inválida, haja vista que houve desrespeito ao intervalo intrajornada, labor nos dias destinados às folgas, horas extras prestadas habitualmente, ausência da autorização do Ministério do Trabalho e Emprego no regime compensatório em razão da atividade insalubre, além da concomitância na adoção dos sistemas de compensação 12x36 e banco de horas. Colaciona jurisprudências para embasar sua tese. Requer a reforma da sentença com a declaração de nulidade dos regimes 12x36 e banco de horas e a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras excedentes da 6ª diária e 30ª semanal, ou acima da jornada contratada, acrescidas do adicional legal, com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados e, após, em razão do aumento da média remuneratória, em aviso-prévio, décimo terceiro salário, férias acrescidas do 1/3 constitucional, INSS e FGTS (depósitos e multa de 40%).

Ao exame.

A Julgadora de origem reputou regular o regime de compensação adotado, sob o fundamento que "*as normas coletivas expressamente autorizam o regime compensatório Banco de Horas para atividades insalubres, independente da inspeção de licença prévia dos órgãos competentes, com a compensação das horas excedentes ao limite semanal em até 120 dias*". Sendo assim, indeferiu o pedido de horas extras (ID. bf69b41 - Pág. 9).

Consoante já referido, a autora laborou para a reclamada na função de enfermeira de 04/12/2019 a 16/03/2022, data em que pediu demissão.

A reclamante foi contratada para laborar em uma carga horária de 40 horas semanais, em jornadas de 6 horas diárias, do 1º ao 5º dia e plantões de 10 horas no 6º dia (contrato de trabalho, ID. 2fa84eb). A partir de 12/05/2020 foi alterada a sua carga horária de 200 para 220 horas mensais passando a laborar das 08h00 às 17h48, com intervalo das 12h às 13h (Termo aditivo, ID. 2fa84eb - Pág. 5). Em 15/06/2020, novamente houve um aditivo ao contrato de trabalho, onde foi alterada a carga mensal de 220 horas para 200 horas mensais, passando a trabalhar das 13h00 às 19h15, com intervalo de 15 minutos e plantão de dez horas no sábado ou domingo (ID. 2fa84eb - Pág. 6). Em 01/08/2020, devido à alteração de função para Supervisora de Enfermagem, novamente foi alterada a carga horária de trabalho de 200 horas para 220 horas mensais, passando, então a laborar das 08h00 às 17h48, com uma hora de intervalo (ID. 2fa84eb - Pág. 7), o que perdurou até 12/10/2021 quando passou a perfazer a jornada de seis horas diárias novamente, com 15 minutos de intervalo, horário este que perdurou até o final do contrato.



A prova dos autos demonstra que era adotado sistema de banco de horas (cartões ponto, ID. 60ac6db), consoante autorizado nas normas coletivas anexadas pela reclamante (ID. b61c51f e seguintes). No entanto, não há como reconhecer a validade da pactuação.

As normas coletivas exigem como requisito para adoção do regime de compensação de banco de horas a comunicação ao empregado acerca da compensação com, no mínimo, 72 horas de antecedência; a apresentação de relatórios mensais que demonstrem a efetiva compensação do trabalho extraordinário prestado; a compensação das horas trabalhadas que excederem ao limite da jornada semanal contratada dentro do prazo de 120 dias (v.g. - CCT 2019/2021, cláusula 40ª - ID. b61c51f - Pág. 10, CCT 2020/2022, cláusula 40ª - ID. 78e7225 - Pág. 10 e CCT 2021/2023, cláusula 40ª - ID. 4a92ac5 - Pág. 10).

Muito embora tenha autorização para a implementação do banco de horas, inclusive em atividades insalubres, a reclamada deixou de cumprir os demais requisitos para a implementação do referido sistema compensatório, especialmente no tocante à comunicação à empregada acerca da compensação com, no mínimo, 72 horas de antecedência, bem como fornecimento de relatório mensal das horas a serem compensadas. Assim, despicienda a análise acerca do cumprimento dos demais requisitos.

Somado a isso, verifico que a autora, nos períodos em que cumpriu carga horária de seis horas diárias e 40 mensais, laborava em jornadas de mais de 10 horas, o que torna inválido o regime compensatório de banco de horas, por infração ao limite previsto no art. 59, § 2º, da CLT.

Registro que não houve a adoção de sistema 12x36 no caso em análise. Isso porque, o mero cumprimento de plantões de 12 horas pela reclamante não demonstra que se sujeitasse ao regime 12x36, até porque não havia sequência na jornada de 12 horas seguida da concessão de folga de 36 horas, hipótese na qual se poderia entender por pactuado e cumprido dito regime.

Portanto, declaro a invalidade do banco de horas, condenando a reclamada ao pagamento de horas extras excedentes à 6ª diária e 40ª semanal, nos períodos de 04/12/2019 a 11/05/2020, de 15/06/2020 a 31/07/2020 e de 13/10/2021 a 16/03/2022 e à 8ª diária e 44ª semanal, nos períodos de 12/05/2020 a 14/06/2020 e de 01/08/2020 a 12/10/2021, com adicionais legais ou normativos, o que for mais benéfico, com reflexos em repousos semanais remunerados, feriados, férias com 1/3, 13º salários e FGTS. Destaco que os reflexos são devidos em razão da habitualidade da prestação de horas extras.

Especificamente quanto aos reflexos nos repousos semanais remunerados e feriados, estes justificam-se pela aplicação do disposto na alínea "a" do art. 7º da Lei 605/49 e Súmula 172 do TST. Para a apuração das horas extras deverão ser adotados os divisores 200 e 220 (conforme jornada de trabalho), a base de cálculo conforme Súmula 264 do TST e o disposto no art. 58, § 1º, da CLT. Ainda, deve ser observada a evolução salarial da reclamante, bem como os controles de horário anexados ao feito, inclusive com



relação à frequência, excluindo-se os períodos em que houve suspensão do contrato de trabalho. Autorizo a dedução global das parcelas adimplidas sob a mesma rubrica, nos termos da OJ 415 da SDI-I do TST.

Indevidos reflexos em aviso prévio e indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, porquanto a reclamante pediu demissão.

Recurso provido em parte para declarar a invalidade do banco de horas e condenar a reclamada ao pagamento de horas extras excedentes à 6ª diária e 40ª semanal, nos períodos de 04/12/2019 a 11/05/2020, de 15/06/2020 a 31/07/2020 e de 13/10/2021 a 16/03/2022 e à 8ª diária e 44ª semanal, nos períodos de 12/05/2020 a 14/06/2020 e de 01/08/2020 a 12/10/2021, com adicionais legais ou normativos, o que for mais benéfico, com reflexos em repousos semanais remunerados, feriados, férias com 1/3, 13º salários e FGTS.

INTERVALO INTRAJORNADA

A reclamante não se conforma com a condenação ao pagamento do intervalo intrajornada de 45 minutos. Alega que a prova testemunhal comprova a tese inicial quanto a ausência integral do intervalo intrajornada. Refere que os registros de horário comprovam que sempre laborou acima de seis horas, sendo devido o pagamento de ao menos uma hora e não 45 minutos. Requer a reforma da sentença com a condenação da reclamada ao pagamento do intervalo intrajornada de uma hora diária como extra, em razão da não fruição total do intervalo intrajornada, com reflexos nas verbas remuneratórias, conforme pleito da exordial.

Analiso.

O Juízo de origem assim fundamentou sua decisão (ID. bf69b41 - Págs. 9/10):

"Dessa forma, a prova oral produzida pela parte autora não se mostra firme o suficiente para desconstituir as anotações constantes nos registros de horário quanto aos intervalos intrajornadas.

Examinando os referidos documentos, verifica-se que consignados intervalos inferiores a 15 minutos, quando da jornada de seis horas e inferiores a 01 hora, quando da jornada superior a seis horas, sendo devido o pagamento.

[...]

Dessa forma, em cumprimento à determinação legal, dada a natureza indenizatória conferida aos intervalos para repouso e alimentação pelo §4º do art. 71 da CLT, não são devidos os reflexos das horas pela não concessão dos intervalos a partir da vigência da Lei 13.467/17. O mesmo entendimento se aplica aos intervalos entre jornadas na medida em que os tempos de repouso possuem a mesma natureza jurídica.



Assim, diante de todo o exposto, com base nos registros de jornada, condena-se ao pagamento da indenização do tempo faltante para completar os intervalos intrajornadas e intersemanais, com adicional de 50%."

Os registros de horário (ID. 60ac6db) foram considerados válidos, não havendo debate nesta sede recursal.

Ao contrário do que alega a recorrente, não há condenação ao pagamento de intervalo intrajornada de 45 minutos, mas ao pagamento de indenização do tempo faltante para completar os intervalos intrajornada, com adicional de 50%, com base nos registros de ponto. Logo, é sem objeto o recurso no ponto.

Quanto aos reflexos postulados, considerando o período de vigência do contrato de trabalho, de 04/12/2019 a 16/03/2022, deve ser observada a nova redação do art. 71, §4º, da CLT, dada pela Lei 13.467/2017:

A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho

Desta forma, correta a sentença ao indeferir os reflexos.

Recurso desprovido.

REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS EM DOBRO

A reclamante não se conforma com o indeferimento do pedido de domingos e feriados em dobro. Alega que sempre laborou em feriados e domingos, sem gozar corretamente da folga compensatória ou receber o devido pagamento. Destaca que a norma coletiva, prevê o pagamento do respectivo adicional em 120%, independentemente da remuneração. Requer a reforma da sentença com a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de 120%, sob os feriados e domingos laborados e não compensados.

Analiso.

As normas coletivas da categoria profissional da reclamante estabelecem previsão específica acerca do labor em repousos remunerados e feriados (v.g. cláusula 42ª da CCT 2019/2021, ID. b61c51f - Pág. 11):

"TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS - O trabalho em feriados ou em dias estabelecidos ao descanso semanal remunerado, quando não compensados por outro repouso em dia útil da semana imediatamente anterior ou posterior, será pago com adicional de 120% (cento e vinte por cento), independente da remuneração legal deste dia.

§ Único - Considera-se regular o repouso semanal usufruído, se concedido no período de segunda a domingo, ainda que concedido após o sétimo dia e, não, após o 8º dia, uma



vez que atendido os requisitos legais previsto no artigo 11, parágrafo 4º, da Lei nº 605/49."

A mesma redação foi mantida nas normas coletivas subsequentes.

Analisando os cartões de ponto, e considerando a amostragem apresentada pelo autor (ID. c2bc16f - Pág. 7), verifico as incorreções alegadas.

A título de exemplo, verifico que a partir do dia 17/03/2020 (cartão ponto, ID. 60ac6db - Pág. 4), a reclamante laborou por 11 dias consecutivos sem folga compensatória ou pagamento (recibo, ID. ee32f8f - Pág. 7).

Assim, verificado o labor em dias de repousos sem a concessão da respectiva folga compensatória ou a devida contraprestação, é devido o pagamento em dobro do dia trabalhado, conforme Súmula 146 do TST e OJ 410 da SDI-1 do TST.

Não aplico o disposto nas normas coletivas, em face do art. 611-B da CLT:

"Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

IX - repouso semanal remunerado;

[...]

Resta, portanto, violado o art. 7º, XV, da CF e a Lei 605/49.

Não verificado trabalho nos feriados, nego provimento.

Dou parcial provimento ao recurso da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento em dobro do labor em domingos sem a concessão da respectiva folga compensatória ou a devida contraprestação, conforme apurado em liquidação de sentença.

HORAS EM SOBREAviso

Insurge-se a reclamante contra a sentença que indeferiu o pedido de horas em regime de sobreaviso, buscando a reforma.

Ao exame.

As normas coletivas juntadas aos autos estabelecem acerca do sobreaviso (v.g. cláusula 8ª da CCT 2019/2020, ID. b61c51f - Pág. 4):



*"Fica assegurado ao enfermeiro que fora de seu horário normal de trabalho, ficar de sobreaviso, **quando previamente comunicado por escrito pelo empregador**, receberá o pagamento de 1/3 (um terço) a incidir sobre o salário-base, calculado sobre o período disposto de sobreaviso, passando a receber, se chamado ao trabalho, o valor da hora normal contratada, acrescido dos percentuais de horas extraordinárias pactuadas nesta convenção, interrompendo-se o sobreaviso nesse período"*

A testemunha Talisson trazida pela reclamante informa:

"perguntado se a reclamante era chamada para resolver problemas fora do horário de trabalho, o depoente diz que sim; que tinha coisas que só ela resolvia e mesmo quando o depoente passou a trabalhar no turno da noite, ela aparecia por lá para resolver questões no turno da noite; perguntada de que situações a reclamante teria sido acionada, relata uma oportunidade em que um paciente precisou de gelo e a reclamante estava praticamente em casa e foi contatada para trazer o gelo para o paciente e outra situação em que houve o óbito de um médico que estava a trabalho e ficaram sem saber o que fazer e ligaram para reclamante que se deslocou até o hospital; a reclamante era responsável por tomar decisões no setor da UTI; perguntado se havia outros enfermeiros que pudessem ser acionados para resolver esses problemas, o depoente disse que na maioria das vezes era a reclamante; perguntado se a reclamante podia sair da cidade aos finais de semana, o depoente diz que ela sempre estava aqui e acredita que ela tivesse que ficar pela cidade porque acionavam ela quando preciso; perguntado se Thaylane, que também era enfermeira, não compareceu ao setor no dia em que houve um óbito do médico, antes mesmo que a reclamante chegasse e se havia necessidade de ligar para reclamante o depoente diz que fizeram contato com as duas; ao que se recorda, ligaram para as duas e Thaylane também não estava no hospital, porque era um final de semana; perguntado se a reclamante teria alguma punição caso não atendesse a essas demandas esporádicas, o depoente diz que não sabe responder;"

No mesmo sentido a testemunha Anelise relata (Grifei):

*"sempre que depõe a gente precisou chamar a reclamante fora do horário de trabalho dela, a reclamante atendeu; o turno de trabalho da reclamante era das 8h às 17h; a depoente, quando trabalhou no turno da noite e precisou chamar a reclamante, ela atendeu; perguntada que situações a reclamante atendeu, a depoente relata uma situação de sexta à noite que um paciente precisou de gelo e a reclamante foi acionada para levar e outra situação de um óbito de um médico, que estava a trabalho, num sábado, e a reclamante foi chamada; a depoente não chamou a reclamante para outras situações, mas relata que viu a reclamante fora do horário de trabalho dela, resolvendo demandas, inclusive com relação à falta de técnicos e outras questões do setor; que isso aconteceu quando a depoente estava trabalhando no tunro da noite, pelas 21h, 22h; tinham um grupo de whatsapp com todos do setor; ela era acionada por este grupo e por ligação; outra situação que ela foi acionada foi quando a rede de O2 estava fraca e a depoente teve que acionar ela; **perguntada se não tinha mais ninguém dentro do hospital para ser acionado e resolver essas questões, a depoente diz que, durante a noite, não tinha e que, como ela era a chefe do setor, acionavam ela; nunca ninguém determinou que chamassem a reclamante fora do horário, mas como ela era a chefe, era ela quem a equipe tinha para chamar**; Thaylane era chefe de todos os setores, chefe de todo mundo (RT); tinham também o contato dela, mas sempre chamavam a Luiza, passaram a chamar a Thaylane depois que a reclamante saiu;"*

Já a testemunha Thais, ouvida a convite da ré afirma (Grifei):



"a reclamante não ficava de sobreaviso; diz que a equipe mandava mensagens, por vezes, de forma esporádica, nos finais de semana e ela respondia por whats; perguntada se a reclamante não era chamada a comparecer presencialmente para resolver demandas do setor fora do seu horário de trabalho, a depoente disse que não; relata uma situação em que a depoente e a enfermeira do turno da tarde tiveram que resolver uma demanda e a reclamante estava em horário de almoço e tiveram que chamar a supervisora da covid, com a qual resolveram a demanda; a depoente não estava presente nem no episódio do óbito do médico e nem no episódio em que a paciente precisou de gelo; disse que quem fornece gelo para UTI é a nutrição e quando falta eles é que providenciam a compra; não faltava médico com frequência na UTI; se faltasse por algumas horas, sempre tinham uma retaguarda de médicos de outros setores; a depoente participava do grupo de whats do setor; perguntada se a depoente viu a reclamante no turno da noite atendendo essas demandas, a depoente diz que não trabalhava no turno da noite; em razão da participação no grupo de WhatsApp, perguntada se a depoente tinha conhecimento da atuação da reclamante também no turno da noite, ao que responde que não sabe; não se recorda; perguntada pelo juízo se pode fornecer o seu número de telefone com qual participou na referida lista de WhatsApp, a depoente afirma que sim e fornece o seguinte número: 51999391202."

Dispõe o art. 244, § 2º, da CLT que:

"considera-se de 'sobreaviso' o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de 'sobreaviso' será, no máximo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de 'sobreaviso', para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal".

Para haver o pagamento de horas de sobreaviso é necessária a obrigatoriedade de permanência do trabalhador em local previamente determinado, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Diversa é a situação da exigência de uso de telefone celular, sem que se prive o trabalhador de sua livre locomoção, caso dos autos.

Adoto o entendimento contido na Súmula 428 do TST, que assim preceitua:

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

O fato de a reclamante utilizar-se de aparelho celular é insuficiente para a caracterização do regime de sobreaviso.



Portanto, diante dos termos da prova oral, concluo que a reclamante não ficava em regime de sobreaviso propriamente dito, pois, durante o período em que ficava com o celular fora das dependências da reclamada, era possível locomover-se livremente a mais variados destinos, não havendo obrigatoriedade de permanência da trabalhadora em local previamente determinado, na espera de um chamado.

Ademais, não há nos autos prova de que fosse convocada para atuar em regime de plantão ou equivalente.

Nego provimento.

FGTS E MULTA DE 40%

Busca a recorrente a condenação da reclamada ao pagamento dos reflexos das parcelas postuladas em FGTS e multa de 40%. Alega que os valores da condenação referentes a verbas e multa fundiária devidos ao trabalhador dispensado sem justa causa deve ser pagos diretamente a ele, já que o vínculo de emprego não se mantém mais ativo.

Sem razão.

Conforme documentos juntados aos autos (ID. ee32f8f - Pág. 33/34), a ruptura contratual foi por iniciativa da reclamante, sendo, portanto, indevidos reflexos em multa de 40% sobre o FGTS.

Nego provimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Busca a recorrente a majoração dos honorários de sucumbência em favor da sua procuradora para 15% sobre o valor bruto da condenação, conforme a Súmula 37 deste Tribunal.

Analiso.

A magistrada arbitrou os honorários em favor da reclamante no patamar de 10% sobre o valor bruto da condenação (ID. bf69b41 - Pág. 19).

Na hipótese, é entendimento desta Turma Julgadora, que os honorários advocatícios devidos em favor dos procuradores da parte autora devem ser fixados em 15% sobre o valor liquidado da condenação (atual redação a Súmula 37 desta Corte), o que atende ao disposto no art. 791-A, § 2º, da CLT.

Recurso provido para majorar os honorários advocatícios devidos em favor dos procuradores da autora para 15% sobre o valor liquidado da condenação.

MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS DAS PARTES



DIFERENÇAS DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (GRAU MÉDIO PARA MÁXIMO)

A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade de grau médio para grau máximo. Alega que não há falar em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, requisito exigido pelas normas regulamentadoras aplicáveis para caracterização de insalubridade em grau máximo, sendo indevido o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo. Sustenta que as atividades realizadas pela reclamante não se equiparam às previstas para a incidência do adicional de insalubridade em grau máximo, porquanto não havia contato permanente com pacientes em isolamento por doenças contagiosas. Frisa que nas ocasiões nas quais a autora esteve exposta a agentes insalubres em grau máximo pelo contato com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, efetuou o correto pagamento do adicional correspondente, conforme se observa pelos contracheques juntados. Por fim, refere que os EPI's utilizados pela reclamante eram eficazes e suficientes para elidir eventual contato com agentes insalubres em qualquer grau. Colaciona jurisprudências. Pugna pela reforma.

A reclamante, ao seu turno, insurge-se quanto à condenação de diferenças de adicional de insalubridade apenas a partir do ano de 2020. Alega que o próprio laudo concluiu que "*são passíveis de enquadramento como insalubres em grau máximo (40%) em todo o período que trabalhou para a reclamada*". Requer a reforma da sentença para que a reclamada seja condenada ao pagamento das diferenças do adicional de insalubridade de grau médio para o máximo durante toda a contratualidade.

Analiso.

A magistrada de origem assim fundamentou sua decisão (ID. bf69b41 - Pág. 6/7):

"Ao responder os quesitos complementares, o perito afirmou a representante da reclamada informou que na UTI da Covid era pago adicional de insalubridade em grau máximo 40% e na área do PS tinha escala e pagavam o adicional de insalubridade em grau máximo 40%, conforme escala.

Os recibos de salários do período em que a reclamante trabalhou no Pronto Socorro consignam o pagamento das parcelas "insalubridade 20%" e "insalubridade diferença 20%" em praticamente todos os meses.

Considerando que era pago o adicional em grau máximo sempre que a autora trabalhava em área de isolamento, o pagamento mensal desse adicional em grau máximo comprova que a autora tinha contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiantes.

Desta forma, diante de todo o exposto, impõe-se acolher os fundamentos do laudo pericial, no sentido de que é devido o adicional de insalubridade em grau máximo.

Diante de todo o exposto, condena-se ao pagamento das diferenças entre o adicional pago em grau médio e o adicional de insalubridade em grau máximo, calculado sobre o



salário mínimo, com reflexos em 13º salários, férias com 1/3 e FGTS (cujo valor deverá ser depositado na conta vinculada da autora).

[...]"

Realizada perícia para verificação da insalubridade, o especialista descreveu as atividades realizadas pela reclamante e o local de trabalho (ID. 8792e67 - Págs. 3/4):

"3. ATIVIDADES EXERCIDAS PELA RECLAMANTE:

Na inicial a Reclamante trabalhou para a reclamada de 04/12/2019 até 15/03/2022, na função de enfermeira, executava as seguintes atividades, conforme informação dos presentes:

3.1 A reclamante informou:

- A reclamante informou que trabalham normalmente no Pronto Socorro e a partir de agosto/2020 na UTI Covid, na UTI normalmente dez pacientes, chegou a ter doze pacientes só Covid;

- Pronto Socorro, serviços de coordenar os técnicos de enfermagem, procedimentos de enfermagem em pacientes como exames físicos, punções, sondagem, aspiração, transporte hospitalar para o setor de imagem, serviço de fazer curativos, banho de leito ao paciente, avaliação do paciente. Trabalhou de dia normalmente;

- Transporte para sala de Raio ""X"" ou tomografia diariamente, no PS (Pronto Socorro) existiam pacientes em sala vermelha e sala emergência; Quando o paciente em tubado ficava na sala do Raio ""X"", se não ficava fora da sala do Raio ""X"", serviço semanalmente com certeza, diariamente não;

- Na UTI Covid, supervisora de enfermagem de dia, coordenação dos técnicos de enfermagem, fazia os serviços de enfermagem como posicionar pacientes, atender paradas em pacientes, exames físicos, punções, sondagem, aspiração, transporte hospitalar para o setor de imagem sala de Raio ""X"" ou tomografia, serviço de fazer curativos, banho de leito ao paciente, avaliação do paciente.

3.2 A representante da reclamada informou:

- A representante da reclamada informou que na UTI da Covid era pago adicional de insalubridade em grau máximo 40%, na área do PS tinha escala e pagavam o adicional de insalubridade em grau máximo 40%, conforme escala.

- Quanto aos EPI's existia luvas descartáveis, máscara N95 para isolamento, avental, viseira e óculos.

Conforme levantamento:

As atividades básicas de enfermagem consistem atendimento diário e direto ao paciente, coordenar e executar diariamente trabalhou de coordenação para função de técnica de enfermagem, coordenação e execução de serviços de enfermagem aos pacientes, orientado guardadas as limitações da profissão; onde eram executada higiene, conforto, medicação em pacientes, verificação de sinais vitais em pacientes, auxilia na alimentação dos pacientes dependentes; Higiene: banho de leito, troca de roupas (geral paciente e leito);



Executava limpeza e troca de curativos em pacientes; Medicação: VO (via oral), EV (entra venoso), subcutânea, IM (intramuscular), uso tópico, ocular, coleta de materiais; Registro em folha do paciente.

4 LOCAL DE TRABALHO:

A reclamante executou suas atividades no Hospitalar da reclamada. Características físicas das instalações da reclamada: prédio de alvenaria revestidas com azulejos e/ou pinturas acrílica, pisos revestidos com mosaico e cerâmica, iluminação natural e artificial por lâmpadas, ventilação natural por aberturas, janelas e portas, em alguns locais existia sistema de ar condicionado.

As instalações gerais da reclamada são consideradas como Hospital Geral, eram atendidos pacientes em estados de saúde de urgência e emergência, existia mais de 150 leitos para pacientes, existia bloco cirúrgico, pediatria, pronto socorro, quartos coletivos com sanitário, berçário, corredores, lavanderia, área externa e outros, área para exames de imagem, laboratório.

Não existia unidade permanente de isolamento para doenças infecto-contagiosas nas referidas instalações da reclamada, quando necessário isolar o paciente era usado um quarto, normalmente utilizam os quartos já determinados para isolamento de paciente era usado o quarto que tinha só uma cama podia ser no bloco ""A"", ""B"" e ""C"", existia leito de isolamento na área do pronto socorro, na unidade do bloco cirúrgico também existia leito para isolamento.

Com o surgimento da pandemia a reclamada definiu uma área como isolamento para pacientes portadores de COVID, bloco ""B"". No bloco ""B"" antes do isolamento pelo Covid, tinha isolamento em quarto na época, isolamento de contato, isolamento respiratório, quartos número 58, número 59, número 63 e número 66, quando a reclamante atendi o paciente no referido quarto a anotação ficava no prontuário do paciente; No Bloco ""B"" eram aproximadamente 26 leitos.

Na maternidade o leito de isolamento era no quarto numero 112, se necessário mais adotavam outro quarto.

O isolamento de paciente por convênio era feito no Bloco ""A""; Normalmente era isolado o paciente nos leitos da ponta apartamento número 10, número 11, número 12 e número 16, apartamentos de um leito só.

Os referidos quartos e áreas com isolamento configura uma situação perfeitamente enquadrada no Anexo 14 da NR 15, como "área de isolamento permanente para pacientes portadores de doenças infecto-contagiosas".

Relativamente aos agentes biológico, o especialista asseverou que (ID. 8792e67 - Pág. 6/8):

"6.4 - AGENTES BIOLÓGICOS

[...]

Na execução das citadas atividades a Reclamante trabalhava e/ou operava em ambientes destinados aos cuidados da saúde humana, mantinha contato direto e rotineiro com pessoas doentes e potencialmente portadoras de moléstia infecciosas e objetos e material infectados usados nos pacientes até em isolamento, como curativos, agulhas, roupas sujas de sangue, fezes, urina, secreções, cataros, etc e outros. Exposição de modo habitual ainda que intermitente por vias aérea e cutânea. A partir de março/2020, a



reclamada criou uma ala bloco ""B"" para atender pacientes atingidos pela pandemia da Covid. A reclamante passou a trabalhar na referida área em agosto/2020.

Nas instalações da reclamada eram atendidos doentes (pacientes) portadores de todos os tipos de patologias existentes, sejam de natureza traumática ou clínicas, agudas ou crônicas, do tipo metabólicas, infecciosas, contagiosas ou não.

No Hospital da Reclamada, pela área de emergência (Pronto Socorro), era recebido todo tipo de pessoas (pacientes), sem restrições de patologias ou classes sociais. Nesta atende-se tudo aquilo que é ou pode ser considerado uma emergência.

Quando chega algum paciente desconhece-se suas patologias ou agravantes, devido a esses fatos existe certo grau de risco de contaminação, como no caso do paciente ser portador de alguma doença infecto-contagiosa (tais como: HIV/AIDS, tuberculose, hepatite B, hepatite C, Covid).

Com o surgimento da pandemia os profissionais da área da saúde têm o risco aumentado de contágio pelo coronavírus, seja na linha de frente atendimento de enfermagem ao paciente, coleta de material no paciente para exame em laboratório também para Covid, e/ou diretamente no pacientes em isolamento, tendo em vista a peculiaridade da sua transmissão, que inicia quando a pessoa infectada ainda não manifestou os sintomas da doença.

Quanto aos agentes biológicos, em função da forma de exposição aos mesmos, inerentes aos procedimentos laborais, não existem medidas efetivamente protetoras, capazes de elidir dita exposição. Exemplo: A reclamante manipulava objetos perfurantes e cortantes na execução de algumas atividades. Basta apenas um microorganismo para produzir a doença em sua plenitude e com a gravidade própria do agente gerador.

O tempo de exposição, portanto, não guarda relação estrita com a possibilidade de contrair as doenças, senão com um certo grau de probabilidade, já que deve ser considerado apenas como mais uma variável de influência, pois a virulência do germe e as condições intrínsecas de defesa imunitária do organismo devem ser obviamente valorizadas.

No anexo nº. 14 "Agentes Biológicos" da NR - 15, é passível de enquadramento de insalubridade em grau máximo (40%), para as atividades executadas pela Reclamante, ""trabalhos ou operações, em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados"". Exposição de modo habitual ainda que intermitente, analise qualitativa. No período que trabalhou para a reclamada.

Súmula do TST: 47 - Insalubridade - O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstancia, o direito à percepção do respectivo adicional. (RA 41/1973 - DJ 14-6-1973)"

Quanto aos equipamentos de proteção, o perito relatou que (ID. 8792e67 - Pág. 9):

"Quanto ao EPI em determinadas atividades, a utilização mostra-se insuficiente, em função de peculiaridades operacionais, os agentes biológicos, em função da forma de exposição aos mesmos, inerentes aos procedimentos laborais, não existem medidas efetivamente protetoras, capazes de elidir dita exposição a agentes biológicos."

Ao final concluiu que (ID. 8792e67 - Pág. 9):



"8 CONCLUSÃO:

Do anteriormente exposto no presente laudo pericial, concluímos:

As atividades desenvolvidas pela Reclamante Sr^a. LUIZA FERREIRA PACHECO são passíveis de enquadramento como insalubres em GRAU MÁXIMO (40%) de acordo com o estabelecido no Anexo 14 ""Agentes Biológicos"" da NR-15 ""Atividades ou Operações Insalubres"", Portaria 3.214 de 08 de junho de 1978, Lei 6.514/77, conferindo o adicional sob este título no período que a reclamante trabalhou para a reclamada."

No laudo complementar de ID. 8b0f504, o perito ratificou suas conclusões.

Inicialmente, registro que a condenação ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade de grau médio para o grau máximo não está restrita apenas a partir do ano de 2020, restando sem objeto o recurso da reclamante no ponto.

Na data da perícia os representantes da reclamada estiveram presentes, não havendo divergências com relação à descrição das atividades e rotina de trabalho relatadas pela reclamante.

Saliento que o perito é de confiança do Juízo e analisou de forma pormenorizada as atividades da parte autora e o seu ambiente laboral, concluindo pelo contato habitual a agentes biológicos, nos moldes do Anexo 14 da NR- 15 da Portaria 3214/78.

Ressalto que inexistente prova apta a infirmar o enquadramento apontado pelo *expert*, não sendo necessário para reconhecimento do grau máximo que o trabalhador permaneça durante toda a jornada em contato com pacientes portadores de doença infectocontagiosa.

Neste sentido, cito precedente desta Turma, em voto de minha relatoria (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, ROT, em 11/02/2021, participaram do julgamento os Exmos. Desembargadores Denise Pacheco e Wilson Carvalho Dias). De igual modo, em julgado posterior: 7ª Turma, proc. no 0020061-67.2020.5.04.0122 ROT, em 28/09/2022, de minha relatoria.

A par dessas considerações, não há elementos que autorizem a reforma da sentença no item em debate, que resta mantida.

Cito, por fim, que, conforme orientação da Súmula 47 do TST: *"O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional."*

Nego provimento aos recursos das partes.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A reclamada irresigna-se contra a condenação ao pagamento de indenização por danos morais de R\$ 2.000,00. Alega que inexistem nos autos quaisquer provas acerca dos alegados danos morais sofridos, seja documental, seja testemunhal, de modo que a manutenção da decisão afronta o disposto no art. 373, CPC, e 818, CLT, uma vez que incumbia à reclamante, ora recorrida, o ônus de comprovar suas alegações, do qual não se desincumbiu.

A reclamante, por sua vez, busca a majoração do valor arbitrado para R\$ 10.000,00. Sucessivamente, pugna que o valor seja arbitrado pela Turma.

Analiso.

A magistrada de origem, considerando que a reclamada não comprovou ter efetuado os recolhimentos do INSS e que no processo nº 0020549-91.2022.5.04-141 houve condenação ao depósito de diferenças do FGTS do contrato, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (ID. bf69b41 - Pág. 18).

Nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*". O pedido encontra amparo, também, no art. 186 do CC/02 ao dispor: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

Assim, para que se caracterize o dano moral capaz de ensejar o dever de reparar é necessária a comprovação inequívoca da ação ou omissão do acusado, da presença do dolo ou da culpa, do dano e do nexu causal, o que não se identifica no caso.

Entendo que tal não gera o dano alegado. Com efeito, embora reprovável a atitude da empregadora, não verifico a ocorrência de dano de natureza moral em razão do não recolhimento do FGTS e do INSS. Destaco que a reparação de cunho material quanto as parcelas salariais restou deferida na sentença.

Ressalto que o caso não se enquadra na hipótese da Súmula nº 104 deste Tribunal:

Atraso reiterado no pagamento de salários. Dano moral. Indenização devida. O atraso reiterado no pagamento dos salários gera presunção de dano moral indenizável ao empregado.

Ademais, a reclamante não trouxe qualquer elemento que demonstre, de forma substancial, o prejuízo moral alegado, o que afasta o direito à indenização.

Nego provimento ao recurso da reclamante e dou provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento da indenização por danos morais.



EMILIO PAPAEO ZIN

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR EMÍLIO PAPALÉO ZIN (RELATOR)

JUIZ CONVOCADO MARCELO PAPALÉO DE SOUZA

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS

