



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
VARA DO TRABALHO DE CAMAQUÃ
ATOrd 0020555-98.2022.5.04.0141
RECLAMANTE: LUIZA FERREIRA PACHECO
RECLAMADO: FUNDAÇÃO ASSISTENCIAL E BENEFICENTE DE CAMAQUA

Luiza Ferreira Pacheco ajuíza ação trabalhista contra **Fundação Assistencial e Beneficente de Camaquã** em 20/10/2022, afirmando que trabalhou para a reclamada de 04/12/2019 até 15/03/2022, quando foi despedido sem justa causa. Exercia as funções de Enfermeira e recebia, ao final, a remuneração de R\$ 6.000,00 mensais. Postula a condenação da reclamada ao pagamento das seguintes parcelas: **a)** horas extras; **b)** intervalos intrajornadas e entre jornadas; **c)** diferenças de adicional noturno; **d)** diferenças de adicional de insalubridade; **e)** acúmulo/desvio de função; **f)** horas de sobreaviso; **g)** vale transporte; **h)** FGTS e multa de 40%; e, **i)** indenização por danos morais. Pleiteia, ainda, a incidência de juros e correção monetária, benefício da justiça gratuita e honorários advocatícios. Atribui à causa o valor de R\$ 314.488,08.

A reclamada contesta a ação pleiteando a improcedência. Contesta o pedido de pagamento de honorários de AJ. Por cautela, requer a compensação de valores pagos sob os mesmos títulos, bem como a autorização para que sejam efetivados os descontos previdenciários e fiscais cabíveis. Requer o benefício da justiça gratuita.

Realiza-se perícia para verificação do grau de insalubridade.

Na audiência de prosseguimento, foi tomado o depoimento pessoal da preposta da reclamada, bem como ouvidas três testemunhas.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução, razões finais remissivas. As propostas conciliatórias foram inexitasas.

É o relatório.

ISTO POSTO:

Do benefício da justiça gratuita:

A parte reclamante postula a concessão do benefício da justiça gratuita, afirmando que não possui condições e litigar em juízo sem prejuízo do seu sustento ou da família, conforme declaração de insuficiência econômica no corpo da petição inicial.

A remuneração recebida pela parte autora ao longo do contrato era superior àquela prevista no §3º do artigo 790 da CLT.

Nos termos do §3º, do art. 99 do CPC, que mesmo após a vigência da Lei 13.467/17 é perfeitamente compatível com o Processo do Trabalho, presume-se verdadeira a simples declaração de insuficiência econômica por parte de pessoa natural. Nos mesmos termos o §1º do art.3º da Lei 1060/50, no que tange exclusivamente à presunção.

Defere-se, portanto, o benefício, na forma do §3º, do art. 790 da CLT.

Do benefício da justiça gratuita à reclamada:

A reclamada pleiteia o benefício da justiça gratuita.

Quanto ao pedido de concessão da justiça gratuita à parte reclamada, aplicável a Súmula nº 463 do TST:

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.

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.

Da não limitação da condenação aos valores estimados da inicial:

Aduz a parte reclamante que os valores apresentados na petição inicial são meramente estimativos.

Quanto à indicação dos valores, a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017 houve alteração da regra constante no § 1º do art. 840 CLT, que passou a exigir a indicação do valor do pedido, inclusive sob pena de extinção sem resolução do mérito, conforme parágrafo 3º.

Já o Código de Processo Civil de 2015 refere apenas à certeza e determinação, não exigindo expressamente a liquidez dos pedidos, nos termos dos artigos 322 e 324, porém admite o pedido genérico (§1º do art. 324).

Desta forma, a nova regra do art. 840 da CLT deve ser entendida como a necessidade de indicação, pelo menos, de uma estimativa do valor do pedido, desde que não haja impedimento a apuração destes valores, como por exemplo, no caso do contrato permanecer em vigor durante a instrução, o que é o caso dos autos. Estando o contrato de trabalho em vigor, não há como a parte declinar valores específicos e, até mesmo, indicar qual a pretensão exata da parte.

Assim sendo, no caso específico dos autos, tem-se que os valores apontados na petição inicial são meramente estimativos.

Do acúmulo/desvio de função:

Relata a autora que em razão da ausência de funcionários, passou a ser responsável pela área da UTI, ala da enfermaria cirúrgica, pronto socorro e, além disso, passou a ser responsável pelo bloco A, setor de internação particular. Refere que também começaram a lhe imputar atividades que somente o médico poderia fazer. Acrescenta que em razão das tarefas extras exercidas, passou a realizar jornada extensa para cumprir as suas funções, e mais aquelas exigidas. Assim, requer o pagamento de *plus* salarial, no percentual de 30%, com reflexos em férias com 1/3, aviso prévio, dsr, horas extras, FGTS e multa de 40%, 13º salário.

Na defesa, a reclamada afirma que a reclamante sempre laborou nas atividades atinentes ao cargo por ela desempenhado, jamais realizando funções diversas daquelas, sendo que os salários sempre foram pagos de acordo com a função exercida.

O direito do trabalhador de receber a remuneração devida pelas funções efetivamente exercidas tem amparo no princípio da vedação do enriquecimento sem causa do empregador. O contrato de emprego é comutativo e sinalagmático, ou seja, contém obrigações contrárias e equivalentes, pressupondo-se um equilíbrio inicial entre as prestações de trabalho e de salário. O empregador beneficia-se quando exige do empregado que percebe remuneração inferior, o

exercício de atividade de maior responsabilidade ou tecnicamente superior, além de melhor remunerada. Por outro lado, não há prejuízo econômico ou trabalho sem salário quando um empregado com atividade contraprestacionada por unidade de tempo deixa de executar em serviço para desempenhar outro, mormente quando inserido no conteúdo ocupacional do cargo exercido. Os excessos devem ser remunerados como horas extras. As funções desempenhadas sucessivamente, no mesmo local e dentro da mesma jornada de trabalho, encontram-se remuneradas pelo salário normal percebido pelo obreiro, sendo que, em regra, segundo o Direito Positivo, não há retribuição por função, exceção à profissão regulamentada de radialista, prevista em lei específica.

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).

Indeferem-se as integrações em repousos semanais remunerados, uma vez que a parcela deferida já remunera os dias de repouso, dada sua base de cálculo mensal, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei 605/49.

Indeferem-se, também, os reflexos sobre aviso-prévio e multa de 40% sobre o FGTS, tendo em vista o indeferimento do pedido de conversão do pedido de demissão em despedida sem justa causa no processo nº 0020549-91.2022.5.04-141.

Diferença de adicional de insalubridade:

Alega a parte reclamante que trabalhava em condições insalubres em grau máximo, percebendo o adicional em grau médio. Postula o pagamento das diferenças, com reflexos em repousos semanais remunerados e feriados e, após, em razão do aumento da média remuneratória, em horas extraordinárias, férias simples e proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional, aviso prévio, 13º salário proporcional e FGTS acrescido de multa de 40%.

A reclamada impugna o pedido, sob a argumentação de que no período em que a autora efetivamente laborou na linha de frente ao combate ao vírus Covid-19, a partir de agosto de 2020, recebeu o adicional devido (em grau máximo). Acrescenta que durante o restante do contrato de trabalho, não são devidas diferenças sob este título, sendo certo que as atividades enquadravam-se como insalubres em grau médio.

As tarefas exercidas pela reclamante foram descritas no laudo pericial (pg. 343 do PDF – ID. 8792e67) e com base em tal descrição, o perito concluiu que as atividades desenvolvidas pela reclamante 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.

A parte reclamada impugnou a conclusão pericial, aduzindo que no período em que a autora laborou no pronto socorro, não restou demonstrado o contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, requisito exigido pelas normas regulamentadoras aplicáveis para caracterização de insalubridade em grau máximo. Refere, ainda, que nas poucas ocasiões nas quais a autora esteve exposta a agentes insalubres em grau máximo pelo contato com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, enquanto laborou no setor do pronto socorro, a reclamada efetuou o correto pagamento do adicional correspondente, de forma proporcional.

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).

Não há falar em reflexos em repousos e feriados, tendo em vista que a parcela é paga de forma mensal, e por tal razão, já os remunera bem como sobre as horas extras, pelo analisado no item seguinte, pois o adicional em comento é que comporá, juntamente com o salário, a base de cálculo para apuração dos valores devidos a título de horas suplementares.

Indeferem-se, também, os reflexos sobre aviso-prévio e multa de 40% sobre o FGTS, tendo em vista a ruptura contratual por iniciativa da reclamante.

Da jornada de trabalho:

Sustenta a autora que foi contratada para labor seis horas por dia, em escala 6x1, entretanto, tal jornada não era observada, pois tinha que realizar a dobra da jornada, diante da ausência de enfermeiros no local. Destaca que não realizava o gozo integral e/ou regular do intervalo intrajornada e que por diversas vezes não conseguiu folgar o intervalo completo de 11 horas entre o término e o início de outra jornada e o intervalo de 35h extraído da leitura conjunta dos artigos 66 e 67 da CLT. Acrescenta que quando laborava em domingos e feriados não recebia folga compensatória ou o pagamento. Afirma que os registros de jornada não são capazes de demonstrar a real jornada exercida, uma vez que tinha que registrar o ponto, e continuar laborando normalmente. Assim, requer a declaração de invalidade da escala e de qualquer sistema de compensação da jornada de trabalho, face à atividade insalubre, a habitualidade na prestação de horas extras, a realização de mais de duas horas extras por dia, ao desrespeito quanto à concessão dos intervalos intrajornada e à ausência de ajuste por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva, com fulcro na Súmula 85 do TST, bem como de eventual regime compensatório na modalidade "banco de horas", porquanto não cumpridos os seus requisitos de validade, em especial o fato de que ausente previsão normativa e legal e, inclusive, pelo fato de que as horas de eventual crédito jamais foram compensadas no prazo e forma que determina a lei, além da impossibilidade de acompanhamento dos créditos e débitos pela trabalhadora para fins de compensação. Postula o pagamento de horas extraordinárias excedentes à jornada contratada ou legalmente permitida, o que for mais benéfico, pagamento de horas extras pelos intervalos intrajornada não gozados corretamente, quando da jornada de até 6h (15min) e quando ultrapassada essa (1h), total ou parcialmente, bem como o pagamento das horas de descanso referentes ao intervalo entre jornadas e intersemanal de 35h suprimidas, domingos e feriados em dobro, calculadas com base na totalidade da remuneração da reclamante (Súmula nº

264 do TST e OJ nº 97 da SDI-1 do TST), acrescidas do adicional legal ou outro mais vantajoso previsto em norma coletiva ou praticados pela reclamada, por todo o período contratual, com reflexos em repouso semanais remunerados e feriados e, após, em razão do aumento da média remuneratória, em aviso-prévio, décimo terceiro salário integral e proporcional, férias integrais e proporcionais acrescidas do 1/3 constitucional e FGTS (depósitos e multa de 40%).

Defende-se a reclamada aduzindo que a autora foi admitida para realizar a jornada 40h semanais, ficando ajustada a possibilidade de compensação de horas, mediante acréscimo de jornada em determinados dias, para redução em outros. Refere que em abril de 2020, temporariamente, teve seu horário ajustado das 13h às 19h15min para das 07h às 13h15min e a partir de maio de 2020, em razão do exercício da função de "Supervisor de Enfermagem", o horário de trabalho foi alterado para das 08h às 17h48min, com carga horária de 220h mensais. Acrescenta que por mútuo acordo (a partir de solicitação da reclamante) a partir de 15/06/2020, o horário foi alterado para das 13h às 19h15min e plantão de dez horas no final de semana e, em agosto de 2020, o horário foi alterado para das 08h às 17h48min e em outubro de 2021, em razão da troca de função, o horário da autora foi alterado para das 13h às 19h15min e plantão de 10h nos finais de semana. Refere que não houve "dobra da jornada", tampouco "plantões de 12 horas". Afirma que os registros de horário comprovam de forma fidedigna a jornada realizada pela reclamante. Afirma que a norma coletiva prevê a possibilidade de adoção de banco de horas e que os intervalos foram corretos e integralmente gozados, durante toda a contratualidade, bem como houve a correta fruição do repouso semanal remunerado, sendo respeitadas as disposições constantes nos art. 66 e art. 67 da CLT.

Ao exame.

Inicialmente, registra-se que incumbia à parte reclamante produzir prova robusta para desconsideração dos horários de entrada e saída assinalados nos cartões de ponto, encargo do qual não se desincumbiu, porquanto a prova oral não foi capaz de infirmar tais registros, ressaltando-se que o fato de os registros de horário não conterem a assinatura da empregada, por si só, não tem o condão de torná-lo inválido como meio de prova.

Do exame dos registros de horário, verifica-se que eventualmente a reclamante realizava a dobra de jornada, como relatado na petição inicial.

Por outro lado, não se observa o descumprimento do intervalo de 11 horas entre as jornadas.

Verifica-se, também, que praticado o regime compensatório Banco de Horas durante toda a contratualidade.

Entretanto, não há nulidade do regime compensatório a ser declarada, visto 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 (Cláusula 40ª, das páginas 71, 89 e 107 do PDF – ID. b61c51f, 50bbd6f e 4a92ac5).

Os registros apontam a existência de labor em horário suplementar, no entanto, igualmente, observa-se a concessão de folgas compensatórias.

Na manifestação sobre a defesa e documentos a parte autora não apresentou demonstrativo de que as horas extras realizadas neste período não foram corretamente compensadas.

Não se observando a existência de horas extras realizadas e não compensadas, indefere-se o pedido de horas extras.

Quanto aos intervalos intrajornadas, a testemunha Talisson dos Santos Nunes, convidada pela autora, ao ser perguntado sobre intervalo, disse que *“ tinha dias que não dava para fazer, tinha dias que fazia 10 minutos”, que “o ponto era biométrico e, de regra, não faziam registro de intervalo” e que “em uma certa época havia um caderno para registrar o intervalo, mas praticamente não usavam esse caderno”*.

A segunda testemunha da reclamante, Anelise Moraes Oliveira, afirmou que *“quanto ao intervalo, diz que normalmente não conseguiam fazer o intervalo”, que “na jornada de 6 horas, não fazia o intervalo nenhum e na jornada de 8h, paravam para comer e voltavam, demandando 10 ou 15 minutos”, que “fazia um registro de intervalo, mas não usufruiu” e que “entre 2020 e 21, no auge da covid, não fazia o registro de intervalo”*.

No caso em análise, verifica-se algumas contradições entre os depoimentos das testemunhas da reclamante, sendo que uma afirmou que podia fazer intervalos de 10 minutos e outra referindo que quando da jornada de seis horas, nunca era feito o intervalo. Tem-se, ainda, que a primeira testemunha afirmou que, apesar da existência de ponto biométrico, não faziam registro dos intervalos, enquanto a segunda testemunha, disse que faziam o registro, mas não gozavam o intervalo.

Por fim, a testemunha da reclamada, Thais Almeida Souza Leite, disse que *"a reclamante fazia o intervalo de uma hora de almoço"* e que *"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"*.

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.

Quanto aos intervalos intersemanais, a parte autora, quando da manifestação sobre a defesa e documentos, apresentou demonstrativo do descumprimento do intervalo.

Quanto à natureza jurídica das horas de intervalo não usufruídas, tem-se que antes do advento da Lei nº 13.467/17 inexistia qualquer norma jurídica a respeito da natureza salarial ou indenizatória dos intervalos não usufruídos.

Este Juízo adotava o entendimento de que o pagamento dos intervalos intrajornada e entre jornadas suprimidos detinha natureza salarial e que deveria ser pago somente o período não gozado, em que pese o disposto na Súmula 437, I do TST.

Ocorre que a Lei 13.467/17, com vigência a partir de 11/11/2017, alterou o artigo 71 da CLT que passou a ter a seguinte redação:

"Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

(...)

§ 4º 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".

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%.

Do adicional noturno:

Relata a parte autora que o adicional noturno não foi corretamente pago e nem a hora reduzida noturna foi observada e requer o pagamento das diferenças do adicional noturno, conforme CCT de 40%, com base nas Sumulas 60 e 264 do TST e Orientação jurisprudencial 97 da SDI-I do TST, com reflexos em férias com 1/3, 13º salário, aviso prévio, FGTS e multa de 40%, horas extras.

Na contestação, a reclamada aduz que sempre efetuou corretamente o pagamento do adicional em tela, observando a hora reduzida, de modo que o pedido deve ser rechaçado.

As normas coletivas ajustam que o trabalho noturno deverá ser remunerado com adicional de 40% a incidir sobre a hora normal contratada, no horário compreendido das 22h até o final da jornada laborada.

Do exame dos recibos de salários, verifica-se que aplicado o adicional de 40%, bem como computadas todas as horas laboradas a partir das 22h até o término da jornada, conforme previsto nas normas coletivas.

Salienta-se que a parte autora não apresentou demonstrativo de existência de horas noturnas laboradas e não pagas, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 818 da CLT c/c o art. 373 do CPC.

Indefere-se.

Do sobreaviso:

Afirma a reclamante que permanecia constantemente em sobreaviso, pois recebia chamadas fora do seu horário de trabalho e estava sempre de prontidão para retornar ao hospital quando necessário e assim o fez por diversas

vezes, inclusive quando estava dormindo. Assim, entende que faz jus às horas extras de sobreaviso com reflexos em férias com 1/3, aviso prévio, das horas extras, FGTS e multa de 40%, 13º salário.

A reclamada refuta a pretensão, aduzindo que a autora não trabalhou em regime de sobreaviso.

Sabe-se que o trabalho em sobreaviso foi instituído, inicialmente, para os trabalhadores ferroviários (art. 244, §2º da CLT). No caso, o trabalhador permanecia em sua casa aguardando chamado a qualquer momento, para o serviço.

Atualmente, diversos segmentos desenvolvem atividades ininterruptas. Assim, outros tipos de atividade econômica necessitam contar com empregados que estejam disponíveis em tempo integral. Sem dúvida, a reclamada é uma empresa, pela atividade que desenvolve, a enquadra-se em tal hipótese.

Dentre os critérios invocados para quantificar o número de horas trabalhadas pelo obreiro, o direito brasileiro consagrou aquele que leva em consideração os períodos de tempo em que o empregado fica à disposição de seu empregador, aguardando ou executando ordens. Assim, as horas em que o trabalhador permanece em regime de sobreaviso devem ser consideradas como de tempo efetivo de serviço. Nesta condição devem ser contraprestadas, ainda que de forma diferenciada daquelas de trabalho efetivo.

Somente se pode cogitar de regime de sobreaviso naquelas situações em que há efetiva restrição da liberdade do empregado durante o seu período de repouso, dificultando sobremaneira o seu convívio familiar e social, pois permanece sempre à disposição do empregador, podendo, assim, a qualquer momento ser contatado e convocado para a execução de serviços, o que não ocorria no caso dos autos.

A primeira testemunha da parte autora, Talisson dos Santos Nunes, ao ser perguntado se a reclamante era chamada para resolver problemas fora do horário de trabalho, respondeu 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"* e perguntado 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. Ao ser perguntado se havia outros enfermeiros que pudessem ser acionados para resolver esses problemas, disse que *"na maioria das vezes era a reclamante"* e

perguntado se a reclamante podia sair da cidade aos finais de semana, disse que *"ela sempre estava aqui e acredita que ela tivesse que ficar pela cidade porque acionavam ela quando preciso"*. Ao ser 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, respondeu que *"fizeram contato com as duas"*, que ***"ao que se recorda, ligaram para as duas e Thaylane também não estava no hospital, porque era um final de semana"*** e perguntado se a reclamante teria alguma punição caso não atendesse a essas demandas esporádicas, disse que *"não sabe responder"*.

A segunda testemunha da parte autora, Anelise Moraes Oliveira, afirmou que *"sempre que a gente precisou chamar a reclamante fora do horário de trabalho dela, a reclamante atendeu"*, que *"quando trabalhou no turno da noite e precisou chamar a reclamante, ela atendeu"* e perguntada que situações a reclamante atendeu, relatou 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. Disse, também, que *"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 *"tinham um grupo de whatsapp com todos do setor"*, que *"ela era acionada por este grupo e por ligação"*, que *"outra situação que ela foi acionada foi quando a rede de O2 estava fraca e a depoente teve que acionar ela"* e perguntada se não tinha mais ninguém dentro do hospital para ser acionado e resolver essas questões, respondeu que *"durante a noite, não tinha e que, como ela era a chefe do setor, acionavam ela"*, que ***"nunca ninguém determinou que chamassem a reclamante fora do horário, mas como ela era a chefe, era ela quem a equipe tinha para chamar"***, que *"Thaylane era chefe de todos os setores, chefe de todo mundo (RT)"*, que *"tinham também o contato dela, mas sempre chamavam a Luiza, passaram a chamar a Thaylane depois que a reclamante saiu"*, que *"não sabe se a reclamante batia ponto quando era chamada para atender demandas fora do horário"* e que *"a reclamante nunca comentou sobre penalidades caso não atendesse a essas demandas fora do horário"*.

Por fim, a testemunha da reclamada, Thais Almeida Souza Leite, declarou que *"a reclamante não ficava de sobreaviso"*, que *"a equipe mandava mensagens, por vezes, de forma esporádica, nos finais de semana e ela respondia por whats"* e perguntada se a reclamante não era chamada a comparecer presencialmente para resolver demandas do setor fora do seu horário de trabalho, respondeu que não e relatou 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. Afirmou, também, que *"não estava presente nem no episódio do óbito do médico e nem no episódio em*

que a paciente precisou de gelo" e que "quem fornece gelo para UTI é a nutrição e quando falta eles é que providenciam a compra".

Pelos depoimentos, verifica-se que não havia orientação para que a reclamante fosse chamada fora de seu turno de trabalho e a utilização de telefone celular, ou instrumento similar, não induz, isoladamente, pela existência de sobreaviso, sendo necessário demonstrar que o trabalhador se encontrava de plantão, situação não comprovada nos autos.

Quanto à ser chamada a comparecer presencialmente no hospital fora da jornada de trabalho, as próprias mensagens via whats apresentadas com a petição inicial demonstram que isso não ocorria efetivamente.

Conforme documentos das páginas 39 e seguintes - ID. 8771e6e, observa-se que não há qualquer convocação para que comparecesse ao trabalho fora da jornada.

Quanto às duas situações narradas pelas testemunhas, no caso do óbito de um médico, tanto a reclamante que era chefe de equipe, quanto a chefe dos setores foram chamadas, o que, diante da situação totalmente atípica, é totalmente compreensível, mas não demonstra ser uma convocação rotineira ao trabalho fora da jornada.

Já em relação à falta de gelo, em que pese as testemunhas da reclamante afirmarem que a reclamante foi chamada para solucionar o problema, a testemunha da reclamada referiu que quem fornece e providencia a compra é o setor de nutrição.

Diante da prova produzida, não ficou demonstrada a necessidade da reclamada em acionar a reclamante fora do horário de trabalho, com uma intensidade tal que a deixasse de prontidão, com a restrição do seu direito de ir e vir, não se caracterizando, portanto, o regime de sobreaviso, razão pela qual indefere-se o pedido.

Vale-transporte:

A reclamante afirma que nunca recebeu vale transporte, embora dependesse de duas conduções diárias.

A demandada refere que o reclamante não solicitou o benefício.

Sem razão a demandada.

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.

FGTS:

Sobre as parcelas salariais deferidas deverá incidir FGTS, na forma da Lei 8036/90, cujo valor deverá ser depositado na conta vinculada da autora.

Da indenização por danos existenciais:

A demandante pleiteia o recebimento de indenização por ocorrência de dano existencial, em razão da jornada excessiva, eis que dobrava a jornada de trabalho, realizando 12 horas por dia, mais atendimento no celular enquanto estava em casa, podendo chegar a trabalhar por mais 20 horas diária, além de permanecer em constante de sobreaviso, visto que era obrigada a ficar 24 horas no telefone, em regime de prontidão para ser chamada quando o hospital demandasse.

Na defesa, a reclamada aduz que a reclamante não laborou em sobreaviso, jamais tendo exercido as jornadas alegadas na inicial.

Segundo a jurisprudência predominante do E. TST, o cumprimento de jornada extenuante pela prestação de horas extras habituais, por si só, não resulta em dano existencial, sendo imprescindível a demonstração efetiva de prejuízo ao convívio familiar e social.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*"RECURSO DE EMBARGOS. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA (12 HORAS). NECESSIDADE DA PROVA DO DANO. O dano existencial vem sendo entendido como o prejuízo sofrido em razão do sobrelabor excessivo imposto pelo empregador, que impossibilita o trabalhador de desempenhar suas atividades cotidianas e prejudica a manutenção de suas relações sociais externas ao ambiente de trabalho, tais como convívio com amigos e familiares, bem como as atividades recreativas. **Contudo, ainda que a prestação habitual de horas extras cause transtornos ao empregado, tal fato não é suficiente para ensejar o deferimento da indenização por dano existencial, sendo imprescindível, na hipótese, a demonstração inequívoca do prejuízo que, no caso, não***

ocorre in re ipsa . Recurso de embargos conhecido e provido (E- ED-ARR-982-82.2014.5.04.0811 , Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 19/02/2021).

*RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DANO EXISTENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVAMENTE LONGA E DESGASTANTE . Ao pretender se apropriar do conceito de existência, para envolvê-lo no universo do dever de reparação, o jurista não pode desconsiderar os aspectos psicológicos, sociológicos e filosóficos a ele inerentes. A existência tem início a partir do nascimento com vida - para alguns, até antes, desde a concepção -, e, desse momento em diante, tudo lhe afeta: a criação, os estímulos, as oportunidades, as opções, as contingências, as frustrações, as relações interpessoais. Por isso, não pode ser encarada simplesmente como consequência direta e exclusiva das condições de trabalho. Responsabilizar o empregador, apenas em decorrência do excesso de jornada, pela frustração existencial do empregado, demandaria isolar todos os demais elementos que moldaram e continuam moldando sua vida, para considerar que ela decorre exclusivamente do trabalho e do tempo que este lhe toma. Significaria passar por cima de sua história, para, então, compreender que sua existência depende tão somente do tempo livre que possui. **É possível reconhecer o direito à reparação, quando houver prova de que as condições de trabalho efetivamente prejudicaram as relações pessoais do empregado ou seu projeto de vida.** E mais: reconhecido esse prejuízo, é preciso sopesar todos os elementos outrora citados, como componentes da existência humana, para então definir em que extensão aquele fato isolado - condições de trabalho - interferiu negativamente na equação. Importante destacar que, em muitas situações, e embora causadora em potencial de danos à saúde, o excesso de jornada também decorre da vontade do próprio empregado, com o fim de aumentar os seus ganhos mensais. Dessa forma, para caracterizar o dano existencial, seria necessária a prova de que o obreiro não tinha interesse especial na longa jornada ou se insurgiu contra sua imposição. Na hipótese, a Egrégia Turma excluiu a indenização por dano existencial, pois não há nenhum registro de provas que demonstrem que o excesso de horas extras tenha gerado prejuízo à vida pessoal da autora. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes. Recurso de embargos conhecido e não provido "(E- ARR-2912-26.2013.5.15.0016 , Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 12/02/2021)."*

Na hipótese dos autos, não foi comprovado que a reclamante estivesse em regime de sobreaviso após o término de sua jornada, como analisado em item anterior e ainda que reconhecido o labor em jornada extraordinária, não se verifica tamanho excesso de jornada capaz de ensejar o dano existencial alegado..

Indefere-se o pedido.

Indenização por danos morais:

A demandante pleiteia o recebimento de indenização por ocorrência de dano moral, aduzindo que muitas vezes tinha que sair do seu posto, para ir ao supermercado adquirir produtos e alimentos que estavam faltando na cozinha do hospital, além de permanecer sozinha na UTI, sem a presença do médico, ficando responsável pela função de empurrar as macas dos pacientes, atividade que não poderia ser realizada pelas Enfermeiras, pois não é permitido pelo COREN. Acrescenta que os salários eram pagos em atraso e que o FGTS e INSS não eram regularmente depositados.

Defende-se a reclamada aduzindo a autora jamais realizou atividades diversas àquelas para as quais foi contratada, tampouco foi deixada sozinha sem a assistência de médico quando assim era necessário. Afirma que a reclamante não demonstra a ocorrência de quaisquer danos à esfera moral ou existencial, ônus este que lhe incumbe, por força dos art. 373, CPC, e 818, CLT.

São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva a conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano, a efetiva existência de um dano indenizável e o nexos causal entre a conduta referida e o dano sofrido.

O direito à indenização por dano moral está inscrito nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, bem como nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Com efeito, a indenização pelo dano moral decorre da lesão sofrida pela pessoa natural (ou jurídica no entender de Francisco Antônio de Oliveira, in Do Dano Moral, Revista GENESIS, nº 56, agosto de 1997, p. 194), em sua esfera de valores eminentemente ideais.

Preleciona Sérgio Cavalieri Filho (in Programa de Responsabilidade Civil, 3ª edição, 2002, Ed. Malheiros, pág. 89 que: *“Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento e humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar”*).

De outra parte, não obstante ter-se em mente a regra geral de que o dano não se presume, em se tratando de dano imaterial, não se pode exigir a produção de prova pelos mesmos meios utilizados para a comprovação de danos materiais.

A respeito da matéria, dispõe Sérgio Cavalieri Filho, na obra já citada (pág. 91/92): *"Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, tristeza ou a humilhação através do depoimento, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais"*.

Na hipótese dos autos não restou demonstrado que a reclamante tinha que sair do seu posto, para ir ao supermercado adquirir produtos e alimentos que estavam faltando na cozinha do hospital e, certamente, empurrar as macas dos pacientes não gera abalo psíquico na reclamante a ensejar o pagamento de indenização por danos morais.

Por outro lado, a ausência de depósito ou depósito irregular do FGTS durante o contrato de trabalho gera dano moral presumido, ou *in re ipsa*, por se tratar de inadimplemento de verba salarial de indiscutível relevância ao trabalhador, seja para uso nas hipóteses previstas em lei durante a vigência do contrato ou no momento da despedida para fazer frente às necessidades a ser supridas com a falta do salário.

No caso dos autos, a reclamada não comprovou ter efetuado os recolhimentos do INSS e no processo nº 0020549-91.2022.5.04-141 houve condenação ao depósito de diferenças do FGTS do contrato.

Assim sendo, fixa-se indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e condena-se ao pagamento.

Juros e Correção Monetária:

Os juros e correção monetária decorrem de imposição legal, devendo ser observada a legislação vigente à época da execução da sentença.

Dos descontos previdenciários e fiscais:

Com fundamento nos artigos 43 e 44 da Lei nº 8212/91, com redação dada pela Lei nº 8620/93 e Decreto nº 3048/99, autoriza-se o desconto, nos créditos da autora, das contribuições previdenciárias sobre as seguintes parcelas: diferenças salariais, diferenças de adicional de insalubridade e integrações sobre tais parcelas, à exceção de integrações em FGTS e férias indenizadas, atendendo à finalidade do disposto no artigo 832, parágrafo 3º da CLT, assim como os descontos fiscais cabíveis, na forma da Lei nº 8541/92, observado o que dispõem as Súmulas 26 e 53 do E. TRT da 4ª Região.

A parte reclamada deverá recolher as contribuições previdenciárias devidas pelo segurado e pelo empregador, nos percentuais estabelecidos na Lei nº 8212/91 e o Imposto de Renda devido, com posterior comprovação nos autos.

Dos honorários advocatícios:

Nos termos do art. 791-A da CLT, com redação dada pela lei 13.467/2017, são devidos honorários de sucumbência ao procurador da parte autora, que ora se fixa em 10% sobre o valor bruto da condenação, a ser apurado em liquidação.

Existe ainda, no caso dos autos, sucumbência da parte autora na medida em que a demanda é parcialmente procedente, nos termos do parágrafo 3º do citado artigo que ora é fixada também em 10%, tendo como base de cálculo os valores a serem apurados a partir da diferença entre os valores históricos postulados e os valores deferidos, com acréscimo posterior de juros e correção monetária, vedada a compensação entre os honorários.

Não obstante, o STF, no julgamento da ADI 5766, ocorrido em 20/10/2021, declarou a inconstitucionalidade da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*" contida no §4º do artigo 791-A, da CLT (ADI 5766).

Assim, os honorários de sucumbência devidos pela parte beneficiária da justiça gratuita ficam sob condição suspensiva de exigibilidade, na forma em que dispõe o referido dispositivo legal.

Honorários periciais:

Considerando que foi concedida Justiça Gratuita à reclamada, e que ela abrange todas as despesas do processo, entendo que o mesmo está isento do pagamento de honorários periciais, conforme art. 790-B da CLT, nos termos anteriores a Lei nº 13.467/17.

Fixam-se honorários periciais em R\$ 1.000,00, a serem pagos mediante requisição à União Federal pelo TRT da 4ª Região, na forma do Provimento Conjunto nº 05/2020 (Portal SIGEO-JT).

Do prequestionamento:

Estando fundamentada a decisão, considera-se prequestionada a matéria e todos os dispositivos legais e orientações jurisprudenciais invocadas pelas partes.

Ante o exposto, julga-se **PROCEDENTE EM PARTE** a ação para condenar a reclamada **Fundação Assistencial e Beneficente de Camaquã** a pagar à reclamante **Luiza Ferreira Pacheco**, observados os fundamentos que passam a integrar o presente dispositivo, as seguintes parcelas, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença, observada a limitação imposta na petição inicial quanto ao valor histórico atribuído a cada um dos pedidos, acrescidas de juros e correção monetária na forma da lei:

a) 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);

b) 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);

c) Indenização do tempo faltante para completar os intervalos intrajornadas e intersemanais, com adicional de 50%;

d) Indenização equivalente a duas passagens de ônibus, por dia de deslocamento no trajeto casa/trabalho e trabalho/casa;

e) FGTS sobre as parcelas salariais deferidas, na forma da Lei 8036/90, cujo valor deverá ser depositado na conta vinculada da autora; e,

f) indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Custas de R\$ 500,00, calculadas sobre o valor provisório atribuído à condenação de R\$ 25.000,00, pela parte reclamada, dispensada do pagamento.

Defere-se o benefício da gratuidade da justiça à parte reclamante e reclamada.

Os honorários de sucumbência devidos pelas partes beneficiárias da justiça gratuita são inexigíveis, na forma do art. 98, §1º, VI, do CPC, observados ainda os parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo, de aplicação supletiva ao Processo do Trabalho.

Autorizam-se os descontos previdenciários e fiscais, na forma da fundamentação.

Fixam-se honorários periciais em R\$ 1.000,00, a serem pagos mediante requisição à União Federal pelo TRT da 4ª Região, na forma do Provimento Conjunto nº 05/2020 (Portal SIGEO-JT).

Publique-se. Intime-se. Transitada em julgado, cumpra-se. Nada mais.

CAMAQUA/RS, 06 de dezembro de 2023.

ADRIANA MOURA FONTOURA
Juíza do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: ADRIANA MOURA FONTOURA - Juntado em: 06/12/2023 11:29:23 - bf69b41
<https://pje.trt4.jus.br/pjekz/validacao/23101110345489200000137180541?instancia=1>
Número do processo: 0020555-98.2022.5.04.0141
Número do documento: 23101110345489200000137180541