



Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista

0010230-55.2023.5.03.0077

Relator: Danilo Siqueira de Castro Faria

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 30/08/2023

Valor da causa: R\$ 191.097,62

Partes:

RECORRENTE: -----

ADVOGADO: CLEIDILENE FREIRE SOUZA

RECORRIDO: -----

ADVOGADO: LEONARDO FERNANDES MAGALHAES

ADVOGADO: GILIANDE DIAS PEREIRA

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJECUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO
DO TRABALHO
PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 03ª REGIÃO

PROCESSO nº 0010230-55.2023.5.03.0077 (ROT) RECORRENTE: ----- RECORRIDO: -----

RELATOR: DESEMBARGADOR DANILO SIQUEIRA DE C. FARIA

EMENTA:ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROVA PERICIAL. VALIDADE. Embora o julgador não esteja adstrito ao laudo pericial, uma vez que a perícia é um meio elucidativo e não conclusivo da lide, a sua rejeição deve ser motivada com base na existência de outros elementos probatórios contrários e mais convincentes, o que, contudo, não se afigura presente na hipótese dos autos.

Vistos e analisados os autos virtuais.

RELATÓRIO

O d. Juízo da Vara do Trabalho de Teófilo Otoni julgou parcialmente os pedidos formulados por ---- em face de ----, conforme sentença de fls. 1217/1232.

Inconformado, o reclamado interpôs recurso ordinário de fls. 1249/1276, arguindo preliminarmente a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho. Suscita a prescrição total e, no mérito propriamente dito, requer a reforma da sentença nos seguintes tópicos: adicional de insalubridade, base de cálculo, divisor e diferenças nas horas extra após jornada e intrajornada compensação, horas extras decorrentes de plantões, diferenças de terço de férias e adicional noturno, honorários advocatícios e periciais.

Contrarrazões pela reclamante, requerendo o desprovimento do apelo (fls. 1289/1310).

ID. 0306ed2 - Pág. 1

Manifestação do MPT, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (parecer de fls. 1315/1321).

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

A Reclamada deixou de efetuar o preparo recursal, pois beneficiária da justiça gratuita.

Conheço do recurso interposto, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

JUÍZO DE MÉRITO

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Como se verifica da documentação carreada aos autos, a reclamante foi admitida através de concurso público para trabalhar como técnica de enfermagem na cidade de Nanuque (fl. 312), desempenhando suas atividades no atendimento em ambulância de suporte básico (SAMU).

Assinado eletronicamente por: Danilo Siqueira de Castro Faria - 02/10/2023 06:33:13 - 0306ed2
<https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23090615493646300000102049381>
Número do processo: 0010230-55.2023.5.03.0077
Número do documento: 23090615493646300000102049381

A contratação foi realizada através do regime celetista, conforme CTPS de fl.26, com admissão em 27.02.2012.

Tratando-se o reclamado de pessoa jurídica de Direito Público, a contratação de pessoal no seu âmbito de atuação deve atender ao disposto no art. 37 da Constituição Federal, o qual estabelece a realização de concurso público de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, autorizando o inciso IX a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da lei.

Não restou demonstrado nos autos que a contratação da autora foi por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, sendo certo, aliás, que as funções desempenhadas pela obreira tinham evidente caráter permanente.

Nesse contexto, a relação jurídica estabelecida não é jurídico-administrativa, sendo de natureza celetista, não incidindo no presente caso, portanto, os termos da decisão do e. STF na ADI 3.395-6/DF, que excluiu da competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores vinculados por relação estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

ID. 0306ed2 - Pág. 2

Destarte, esta Especializada é competente para processar e julgar o presente feito.

Rejeito a preliminar.

PREScrição

Suscita a reclamada a prescrição quinquenal, com suporte na Súmula 294 /TST. Sustenta que o pedido de adicional de insalubridade tem como fundamento o PCS, que foi revogado em 23.04.2014 e declarado nulo em

16.05.2016. Aduz que mesmo que se conferisse validade a regramento declarado nulo, a prescrição incidente ao caso é a total, pois não se trata de descumprimento de norma regulamentar, mas sim de alteração do pactuado com a superveniência da declaração de nulidade do PCS.

Afirma que é notório a incidência da prescrição total no caso concreto, eis

Assinado eletronicamente por: Danilo Siqueira de Castro Faria - 02/10/2023 06:33:13 - 0306ed2
<https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23090615493646300000102049381>
Número do processo: 0010230-55.2023.5.03.0077
Número do documento: 23090615493646300000102049381



que decorrido há mais de 5 (cinco) anos da suposta violação ao direito material até o ajuizamento da presente ação.

Examino.

Passo a pronunciar sobre o tema, com suporte na Súmula 153/TST, que permite suscitar a prescrição em grau recursal, quando processo está na fase de conhecimento em instância ordinária, ainda que arguida por fundamentos diversos.

E a hipótese dos autos não é de mera alteração lesiva do pactuado, mas de ocorrência de lesões sucessivas decorrentes do descumprimento de normas estabelecidas, que se renovam mês a mês, porquanto se trata de pedido de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de pagamento do adicional de insalubridade estabelecido em Plano de Cargos e Salários, criado pela reclamada na vigência do contrato de trabalho da autora.

A questão se amolda ao teor da Súmula nº294 do TST, já que a pretensão autoral diz respeito ao pagamento de diferenças do adicional de insalubridade decorrentes da inobservância dos critérios estabelecidos no PCS, considerando que a reclamante a ela estava vinculada durante certo período do contrato de trabalho.

Assim, incide tão somente a prescrição parcial e não, a total, conforme Súmula nº 452 do TST.

Rejeito.

ID. 0306ed2 - Pág. 3

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

O Reclamado aduz que a reclamante não atuava em área de isolamento e que seu trabalho com pacientes se dava de forma intermitente, não sendo merecedora do adicional de insalubridade em grau máximo. Afirma que é inválido o laudo pericial. Pugna pela limitação do período de condenação. Sobre a base de cálculo do adicional, alega que o adicional de insalubridade deve incidir sobre o salário-mínimo, não sobre o salário básico. Sustenta que não deve ser levado em conta o PCS, declarado nulo.

Pois bem.

Conforme relatado na sentença, o laudo pericial esclareceu que:

(...) As apurações periciais deram conta de que as atividades da reclamante ensejavam o contato direto com pacientes, bem como com objetos de seu uso; ela mantinha contato direto com pacientes, além de manusear objetos de seu uso no local de atendimento do paciente, no interior da ambulância durante o deslocamento do paciente para o hospital onde ele será encaminhado, bem como no próprio hospital para onde o paciente era conduzido, o que se dava durante o desenvolvimento de suas atividades rotineiras de Técnico em Enfermagem, acima narradas, no item "4" anterior.

O contato que se constatou ocorria diretamente, de forma habitual e permanente, inclusive com pacientes portadores de doenças contagiosas, isolados, ou não isolados, ainda não diagnosticados e/ou já diagnosticados (como nos casos de Covid-19) e, também, aqueles pacientes desta natureza que não apresentam quadro clínico sugestivo ou sintomático, com posterior diagnóstico positivo. Sendo assim, em razão do enquadramento da condição laboral do autor na Norma Regulamentadora - NR 15, através do seu Anexo 14, que trata dos AGENTES BIOLÓGICOS, restou caracterizada a INSALUBRIDADE DE GRAUS MÉDIO E MÁXIMO, no presente caso, ao longo de todo o período de efetivo labor.

Observa-se que a insalubridade de grau máximo é decorrente do contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, inclusive em isolamento, bem como com objetos de seu uso. Este contato ocorria nas situações, durante o período de labor da autora, nas quais ocorria o atendimento aos pacientes nestas condições, incluindo o atendimento dos pacientes nas áreas de isolamento do hospital para onde eram conduzidos, onde também ela prestava seus trabalhos de cuidados aos pacientes, até o recebimento dos pacientes pelo Médico responsável do hospital. (...)

(...) Sendo assim, com relação aos agentes biológicos e as suas características específicas, uma vez que os EPI's não são capazes de eliminar e/ou neutralizar a sua ação maléfica, dado à sua natureza agressiva, conforme acima mencionado, e considerando a exposição e/ou o contato da autora com estes agentes insalubres, na forma relatada no item anterior, não está autorizado o Perito a concluir pela não existência de riscos à sua saúde, não restando, desta forma, eliminada ou neutralizada a insalubridade em decorrência de mencionados agentes biológicos. (...)

Respondendo as impugnações feitas pelo réu, o perito ratificou seu laudo, ressaltando que a autora atendia pacientes, não só portadores da covid-19, diagnosticados ou não, mas, também, pacientes portadores de outras doenças infectocontagiosas, diagnosticados ou não. (grifos nossos) Pois bem.

ID. 0306ed2 - Pág. 4

O inconformismo da reclamada com o resultado do trabalho pericial não tem o efeito de tornar insubsistentes as considerações técnico-científicas lançadas no laudo, que demonstra em detalhes a metodologia empregada na busca da conclusão.

Ressalto que o Juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos existentes nos autos. Não pode, contudo, aleatoriamente, desprezar a prova técnica, pois a perícia é o instrumento apto à caracterização e classificação da insalubridade (art. 195 da CLT), razão pela qual essa prova técnica só pode ser infirmada

por prova robusta em sentido diverso produzida na instrução da causa.

Contudo, no caso vertente, inexistem outros elementos de prova capazes de sobrepor/afastar as considerações técnico-científicas lançadas no laudo pericial, cabendo destacar que tal laudo foi produzido por profissional de confiança do Juízo, o qual, presume-se, detém plena capacidade para bem cumprir o mister que lhe foi atribuído.

Logo, correta a sentença que deferiu o adicional de insalubridade em grau máximo durante o período imprescrito.

E a base de cálculo para incidência do adicional deve ser o salário recebido pela reclamante, no lugar do salário-mínimo.

Isto porque o plano de cargos, carreiras e vencimentos do CISNORJE, prevê no seu artigo 75 (fl. 112), o seguinte:

*"Art. 75. Ao servidor que exercer trabalhos considerados insalubres será pago **adicional calculado sobre o valor do salário recebido**, considerados os seguintes graus de insalubridade e percentuais correspondentes (...)." (grifo nosso)*

O referido PCS é contemporâneo ao contrato de trabalho da autora. A reclamante foi admitida em 27.02.2012 e o PCS foi assinado em 12.04.2012 (fl. 142).

A norma regulamentar acima se incorporou ao contrato de trabalho da reclamante, de modo que a sua retirada do ordenamento jurídico, por ser prejudicial, somente afeta relações laborais futuras, sob pena de ofensa ao princípio da condição mais benéfica, materializado na Súmula 51/TST.

Nego provimento.

DIVISOR E DIFERENÇAS NAS HORAS EXTRA APÓS JORNADA E INTRAJORNADA - COMPENSAÇÃO

ID. 0306ed2 - Pág. 5

O Reclamado se insurgue contra o divisor aplicado na sentença, que foi de 135. Alega que o divisor corretamente aplicável é de 150 horas, inclusive porque a jornada praticada, em tese, era de 30 horas semanais. Sustenta que deve ser respeitada a compensação por folgas.

Sobre o tema, o d. Juízo a quo assim pronunciou:

"Relativamente ao divisor, embora a autora tenha requerido a aplicação do divisor 120, a documentação acostada aos autos demonstra não aponta para utilização de tal adicional.

Por outro lado, os contracheques e as fichas financeiras comprovam que o réu utilizava, além do divisor 150, também o divisor 135 para pagamento de horas extras.

Defiro, pois, a aplicação do divisor 135, por se tratar de condição mais benéfica ao empregado.

Consequentemente, defiro diferenças de horas extras pagas (inclusive relativas a intervalo intrajornada), decorrentes da inclusão do adicional de insalubridade e adicional noturno na base de cálculo, bem como da aplicação do divisor 135, levando-se em conta, as horas efetivamente lançadas nos contracheques a tal título, o valor pago e o devido." (grifo nosso)

A sentença merece ser mantida.

Como se vê, a autora fez provas dos fatos constitutivos do seu direito, mas o reclamado, por sua vez, não reuniu conjunto probatório suficiente sobre eventuais fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito Autoral (CLT, artigo 818, inciso II).

Esclareça-se por oportuno que se trata de controvérsia sanável por prova documental. A Ré é, em tese, detentora de todos os documentos relacionados ao pagamento da contraprestação pecuniária dos seus empregados e, portanto, é quem deveria trazer aos autos prova idônea que os fatos não ocorreram como se narrou na exordial.

Correta, portanto, a aplicação do divisor de 135, que é condição mais benéfica incorporada no patrimônio jurídico da Obreira.

Inaplicável a Súmula 340/TST pois direcionada ao comissionistas mistos, não sendo o caso da autora.

Logo, em face da aplicação incorreta do divisor, são mesmos devidas as diferenças de horas extras pagas (inclusive relativas a intervalo intrajornada), decorrentes da inclusão do adicional de insalubridade e adicional noturno na base de cálculo, bem como da não aplicação do divisor 135, levando-se em conta, as horas efetivamente lançadas nos contracheques a tal título, o valor pago e o devido, conforme determinado em sentença.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS DECORRENTES DE PLANTÕES

Irresigna-se a parte ré com a condenação ao pagamento de horas extras, relativas aos plantões extras. Argumenta que "o plantão extra tem previsão em instrumento normativo, o qual não vincula seu custeio ao salário de qualquer obreiro, mesmo porque, pode ser ofertado a quem não seja funcionário do Recorrente".

Examino.

Restou incontrovertido que a autora realizava de plantões extras.

O referido labor deve mesmo ser considerado extraordinário, à míngua de previsão normativa de que referidos plantões foram prestados com base em relação jurídica diversa pela parte autora, que era empregada da parte ré. Diante disso, não há que se falar em inobservância do Tema 1046 do STF nem em violação do art. 103-A, § 1º da CR, e do princípio da segurança jurídica, sendo certo que as normas coletivas apenas previram a preferência dos empregados do CISNORJE na realização dos plantões, sem nada dispor sobre o valor de sua remuneração.

O fato de a parte reclamante poder recusar o plantão não é suficiente, por si só, para caracterizá-lo como serviço autônomo, sem subordinação e pessoalidade,

A autonomia da autora de aceitar ou não assumir plantão extra não exime o réu de, uma vez cumprida pela empregada jornada superior à contratada, quitar as horas extras prestadas ou de compensá-las, nos termos da legislação trabalhista.

Correta, pois a sentença que deferiu as horas extras em razões dos plantões extras e reflexos.

Nego provimento.

DIFERENÇAS DE TERÇO DE FÉRIAS

Deixo de manifestar sobre o tema em epígrafe, já que a reclamada não apresentou fundamentação recursal para obter novo pronunciamento sobre esta matéria.

DIFERENÇAS NO ADICIONAL NOTURNO

A Reclamada sustenta que o adicional noturno foi pago, conforme recibos juntados no feito.

Um simples exame dos cheques e seguintes mostra que, durante todo o período imprescrito, o adicional noturno foi pago apenas sobre o salário básico, sem a inclusão do adicional de insalubridade em sua base de cálculo - o que, a princípio, contraria o art. 73, caput, da CLT, que usa o termo "remuneração".

Por outro lado, as normas coletivas estabeleceram, expressamente, que o adicional noturno incidiria sobre a "hora normal básica", conforme cláusula 3^a da CCT/2017/2018(fl. 520) e cláusula 5^a do ACT 2019/2021 (fl. 533), este com vigência até 31.03.2021.

A partir de 01.04.2021, não há instrumento normativo nos autos.

O ajuste há de ser respeitado, conforme art. 7º, XXVI, da CR e tese firmada no ARE nº 1.121.633/GO pelo Excelso STF.

Portanto, durante a vigência desses instrumentos (ou seja, até 31/03 /2021), não são devidas diferenças.

Mantida a condenação apenas depois do término da vigência do ACT 2019 /2021, sendo devidas as diferenças e seus reflexos.

Despiciendo suscitar ao art. 59-A da CLT, pois não houve deferimento do adicional noturno sobre as horas laboradas além das 5h. A condenação não se referiu aos quantitativos pagos, mas apenas à base de cálculo.

Provimento parcial, para limitar a condenação, no tocante às diferenças de adicional noturno e reflexos, ao período contratual posterior a 31.03.2021.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E PERICIAIS

A Reclamada postula a isenção no pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais e honorários periciais. Alega ser beneficiária da gratuidade judiciária.

A decisão monocrática não concedeu a Justiça Gratuita à reclamada, mas tão somente reconheceu que o CISNORJE tem personalidade jurídica de direito público e, como tal, é isento do recolhimento das custas processuais e do depósito recursal.

A responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, por outro lado, subsiste, com amparo no art. 791-A da CLT, que não exclui a Fazenda Pública de sua incidência.

No mesmo diapasão, não há falar em isenção no pagamento dos honorários periciais, que foram fixados dentro dos parâmetros utilizados por esta Especializada.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso. Rejeito a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho. No mérito, dou provimento parcial para limitar a condenação, no tocante às diferenças de adicional noturno e reflexos, ao período contratual posterior a 31.03.2021. Mantendo inalterado o valor da condenação, porque compatível.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua 3^a Turma, em Sessão Ordinária realizada em **27 de setembro de 2023**, à unanimidade, **em conhecer** do recurso; sem divergência, **em rejeitar** a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho; no mérito, sem divergência, **em dar provimento parcial** para limitar a condenação, no tocante às diferenças de adicional noturno e reflexos, ao período contratual posterior a 31.03.2021. Mantido inalterado o valor da condenação, porque compatível.

Tomaram parte no julgamento os Exmos.: Des. Danilo Siqueira de Castro Faria (Relator), Juiz Convocado Mauro César Silva (compondo a Turma) e Des. Milton Vasques Thibau de Almeida (Presidente).

Presente a il. Representante do Ministério Público do Trabalho, dra. Sílvia Domingues Bernardes Rossi.

Secretária: Cristina Portugal Moreira da Rocha.

DANILO SIQUEIRA DE CASTRO FARIA

Desembargador Relator

ID. 0306ed2 - Pág. 9

Desembargador Relator

DSCF/ec

Assinado eletronicamente por: Danilo Siqueira de Castro Faria - 02/10/2023 06:33:13 - 0306ed2
<https://pj.e.tr3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23090615493646300000102049381>
Número do processo: 0010230-55.2023.5.03.0077
Número do documento: 23090615493646300000102049381



PJe

Assinado eletronicamente por: Danilo Siqueira de Castro Faria - 02/10/2023 06:33:13 - 0306ed2
<https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23090615493646300000102049381>
Número do processo: 0010230-55.2023.5.03.0077
Número do documento: 23090615493646300000102049381

