



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

PROCESSO nº 0001433-22.2016.5.12.0001 (RO)

RECORRENTE: SOS CARDIO SERVICOS HOSPITALARES LTDA

RECORRIDO: INAJARA DE ALMEIDA MENDES

RELATOR: Des. ALEXANDRE LUIZ RAMOS

EMENTA

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PACIENTE EM ISOLAMENTO. DOENÇA INFECTOCONTAGIOSA. CONTATO PERMANENTE. CARACTERIZAÇÃO. DEMANDA PATRONAL VERSUS CONDIÇÃO DE TRABALHO. Como a finalidade jurídica do Anexo 14 da Norma Regulamentadora - NR - 15 é compensar o empregado submetido a condição de risco mais grave, para caracterizar o contato permanente basta que o trabalho com paciente em isolamento portador de doença infectocontagiosa seja inerente ao cargo e que seja exigido e executado conforme a necessidade da prestação do serviço, ainda que por causa da variabilidade das tarefas ocorra de modo intermitente, pois aquele requisito não deve ser avaliado a partir da eventual demanda do empregador, uma vez que significaria transferir para o empregado o risco da atividade econômica, o qual pertence exclusivamente à empresa, consoante o art. 2º da CLT, e sim com fulcro na condição de trabalho, cuja prestação alterna conforme a variabilidade das tarefas e é certa na presente hipótese.

CONTRATO DE TRABALHO. JUSTA CAUSA. Prática justa causa o empregado que, tendo acesso a prontuários de pacientes com doenças infectocontagiosas, faz cópia de tais documentos sem autorização do empregador ou médico responsável e os utiliza em processo judicial buscando demonstrar o direito de recebimento de adicional de insalubridade em grau superior ao que vinha recebendo. A prática revela exercício arbitrário das próprias razões, pois a parte deveria solicitar ao Juízo a exibição ou busca de tais documentos, com o devido contraditório e cautela quanto ao sigilo de informações pessoais de pacientes.

RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis, SC, sendo recorrentes **1. SOS CARDIO SERVICOS HOSPITALARES LTDA** e **2. INAJARA DE ALMEIDA MENDES** e recorridas **1. INAJARA DE ALMEIDA MENDES** e **2. SOS CARDIO SERVICOS HOSPITALARES LTDA**.

A ré pretende ser absolvida da condenação ao pagamento das horas extras decorrentes da aplicação da redução *fictada* hora noturna sobre o horário noturno prorrogado e em razão

da inobservância do descanso de 15 (quinze) minutos assegurado à trabalhadora mulher no art. 384 da CLT.

A autora, por sua vez, pleiteia o adicional de insalubridade no grau máximo de 40%, a reversão da justa causa e, caso acolhido este último pedido, as multas de que tratam os arts. 467 e 477, §8º, da CLT, a indenização substitutiva do seguro-desemprego e a indenização por danos morais e o reconhecimento da estabilidade gestante.

Somente a ré apresenta contrarrazões.

O Ministério Público do Trabalho não se manifesta no feito.

É o relatório.

V O T O

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço dos recursos e das contrarrazões.

M É R I T O

RECURSO DA RÉ

1 - Horas extraordinárias

A respeito das horas extraordinárias decorrentes da inobservância da redução *fictada* hora noturna prorrogada, ao reverso do alegado pela parte patronal, não é verdade que a obreira sempre recebeu corretamente essa parcela.

Embora os cartões de ponto revelem que a partir de abril de 2015 a parte obreira passou a trabalhar na jornada das 19h às 7h do dia seguinte, a respectiva ficha financeira demonstra que o adimplemento da rubrica correspondente, 035 Hs.Extras Not. 50%, somente iniciou em junho de 2015.

É verdade que também foi paga a rubrica 083 Horas Extras Not. 100% a partir de abril de 2015, mas como o pedido se refere à prorrogação do horário noturno depois das 5h da manhã, esse fato não é relevante.

Tanto é assim que apesar de constar da causa de pedir que "deve ser aplicado o horário noturno reduzido no período das 22:00 às 07:00", na contestação somente foi alegado "que quando houve labor entre 22h e 5h a Reclamante recebeu corretamente o adicional noturno, na

forma da lei, considerando-se a contagem da hora reduzida (...)"

A ausência de impugnação quanto ao horário noturno prorrogado das 5h às 7h confere veracidade ao argumento da petição inicial que não foi aplicada a redução ficta da hora noturna, na conformidade do art. 341 do CPC.

A tese que a Lei n. 13.467, de 11 de novembro de 2017, regulamentou o regime de trabalho de 12x36 de descanso, assentando que as prorrogações da jornada noturna não geram direito ao pagamento das horas extraordinárias, já que devidamente liquidadas e compensadas no salário pago mensalmente, é desarrazoada, pois o contrato de trabalho foi rescindido em 05-10-2016 e o art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657, de 1942, o que segue: "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

Ilesos, portanto, os princípios da primazia da realidade, da restituição integral, da legalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, a regra legal citada e os arts. 2º, 8º, 73, 442, 443, 456, 464 e 818 CLT, 8º, 370, 371, 373, 374, I, 375 e 489, §1º, do CPC, 122, 129, 186, 187, 421, 422, 884, 885 e 927 do Código Civil e 1º, IV, 5º, II, XXII, XXXVI, LIV e LV, 7º, XIII, XVI e XXVIII, e 170, IV, da Constituição Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso no particular.

2 - Descanso do art. 384 da CLT

Com relação ao descanso de 15 (quinze) minutos assegurado à trabalhadora mulher antes do início do horário extraordinário de que trata o art. 384 da CLT, não prospera o argumento que essa regra não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Consoante salientou a Senhora Ministra Dora Maria da Costa em julgado da 8ª Turma do TST, "homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, se diferenciam em alguns pontos, especialmente no que concerne ao aspecto fisiológico. Merece a mulher, portanto, um tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras" (ARR 75500-53.2009.5.02.0462, julgado em 11-6- 2014, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 13-6-2014).

Desse modo e com fulcro nos arts. 927, V, e 932, IV, alínea "a", do CPC aplica-se a Súmula n. 19 desse tribunal regional:

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO DEVIDA. Não sendo concedido o intervalo de que trata o art. 384 da CLT devido à empregada o respectivo pagamento. Inexistente inconstitucionalidade de tal dispositivo conforme decisão do Pleno do TST.

A tese que é incabível o pagamento como labor extraordinário, sob a alegação que a interpretação extensiva de norma punitiva é incompatível com a boa hermenêutica jurídica, está equivocada.

A compensação do direito violado da empregada, decorrente da inobservância do descanso de 15 (quinze) minutos previsto no art. 384 da CLT, não tem natureza punitiva, e sim é remunerada pelo equivalente em pecúnia e, assim, é compatível com a hermenêutica jurídica aplicar por analogia o §4º do art. 71 do mesmo Diploma.

Mantida a condenação referente às parcelas principais, horas extraordinárias decorrentes da prorrogação do horário noturno e do descanso do art. 384 da CLT, igualmente é devido o acessório quanto aos reflexos no FGTS.

Inexiste violação, por conseguinte, aos princípios da primazia da realidade, da restituição integral, da legalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, às regras legais mencionadas e aos arts. 2º, 8º, 442, 443, 456 e 818 CLT, 8º, 370, 371, 373, 374, I, 375 e 489, §1º, do CPC, 114, 122, 129, 186, 187, 421, 422, 884, 885 e 927 do Código Civil e 1º, IV, 5º, II, XXII, XXXVI, LIV e LV, 7º, XIII, XVI e XXVIII, e 170, IV, da Constituição Federal.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso nesse aspecto.

RECURSO DA AUTORA

1 - Adicional de insalubridade no grau máximo de 40%

Quanto ao direito ao adicional de insalubridade no grau máximo de 40%, consta dos autos que a parte obreira foi contratada para o cargo de técnica de enfermagem e do laudo pericial do ID. a897c1e que ela trabalhava com pacientes em geral e com aqueles em isolamento por doenças infectocontagiosas.

Tendo em vista contemplar duas hipóteses com enquadramento no Anexo 14 da Norma Regulamentadora - NR 15, entendeu o perito que as atividades realizadas eram insalubres em grau médio e máximo, mas o juízo de primeiro grau, com fulcro na prova oral, concluiu o que segue:

Diante disso, não como conceber haver **contato permanente** com tais fatores de risco, considerando a baixa incidência desses tipos de contaminações atendidas na UTI em que a autora laborava. Considerando em termos percentuais, haveria incidência do risco em cerca de 0.08% ao ano, o que é extremamente insuficiente para se considerar como contato permanente nos termos do anexo 14 da NR 15. (sublinhei)

Adotou, portanto, critério quantitativo para configurar o contato permanente, mas o Anexo 14 da NR - 15 estabelece como diretriz que nas atividades que envolvem

agentes biológicos a "insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa".

A norma mencionada prescreve que configura insalubridade de grau máximo o trabalho em contato permanente com "pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas", o que foi constatado pelo perito, segundo o qual, conforme esclarecimento do ID. 540742c, "No dia da inspeção pericial foi informado que aconteciam atendimentos a pacientes portadores de doenças infectocontagiosas".

Observa-se que na impugnação elaborada pela assistente técnica da parte patronal do ID. f98dfac é informado que há pacientes em pós-operatórios que manifestam infecções no curso da convalescença e que um ou outro poderá apresentar infecções e são isolados.

Sustentou naquele documento que não será pela existência de alguns pacientes "apresentarem as condições acima referidas, e diga-se não é rotina, que equivale a trabalho permanente com paciente portador de doença infectocontagiosa", pois o que tem que ficar claro é que a autora não laborava somente e exclusivamente durante a sua jornada de trabalho com doentes infectocontagiosos.

Sucedo que o contato permanente previsto no Anexo 14 da NR-15 para a caracterização da insalubridade de grau máximo, ao reverso do alegado pela parte patronal, não se restringe ao trabalho exclusivo com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas durante a jornada.

A caracterização do contato permanente não deve ser avaliada a partir da eventual demanda do empregador, pois significaria transferir para o empregado o risco da atividade econômica, o qual pertence exclusivamente à empresa, consoante o art. 2º da CLT.

O referencial deve ser a condição de trabalho, de modo que sempre que houver a presença de paciente em isolamento por doença infectocontagiosa, ainda que não seja rotina diária, cujo atendimento seja inerente à atribuição do empregado, está configurado o contato permanente, pois a prestação de serviços nessa hipótese é certa.

A conclusão do juízo de primeiro grau antes transcrita tem por fundamento a declaração da testemunha patronal "que fazem um levantamento que anualmente de cada 1000 pacientes, 8 tem uma bactéria multirresistente; que fazem também levantamentos mensais; (...) que o levantamento mencionado é documentado".

Acontece que os próprios laudos técnicos de condições ambientais de trabalho - LTCAT - de 2014, 2015 e 2016, respectivamente, ID. 70a90b5, pág. 20, ID. acf063b, pág. 20, e ID. 61db2fc, págs. 17-18, carreados para os autos com a contestação, quanto à unidade de tratamento

intensivo, o setor de trabalho da parte autora, informa no item 7 (sete), sobre agentes nocivos, o seguinte:

O contato direto (manipulação) com sangue e outras secreções humanas (punção de veia, retirada de secreções e diurese, contato com vômito, fezes, limpeza de mesas e instrumentos, etc.) em unidade de tratamento intensivo, com potencial exposição a microorganismos passíveis de transmitirem doenças infecto-contagiosas. (sublinhei)

Levando em conta o teor do LTCAT e a afirmação da testemunha patronal que fazem levantamento anual dos pacientes multirresistentes à bactéria e que documentam essa informação, não há consistência em fundamentar a caracterização do contato permanente apenas na estimativa relatada pela depoente que "de cada 1000 pacientes, 8 tem uma bactéria multirresistente".

Como a finalidade jurídica do Anexo 14 da NR-25 é compensar o empregado submetido a condição de risco mais grave, reitera-se que basta que o trabalho com paciente em isolamento portador de doença infectocontagiosa seja inerente ao cargo e que seja exigido e executado conforme a necessidade da prestação do serviço, ainda que por causa da variabilidade das tarefas ocorra de modo intermitente, consoante está consolidado na Súmula n. 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".

Tem direito a recorrente, diante disso, ao pagamento do adicional de insalubridade no grau máximo de 40%, calculado sobre o salário mínimo nacional, na conformidade do art. 192 da CLT e da Súmula vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal.

Considerando que na vigência do contrato de trabalho já foi pago o adicional de insalubridade no grau médio de 20%, autoriza-se a dedução desta parcela.

As diferenças apuradas devem gerar reflexos nos nas horas extraordinárias, no adicional noturno, nos décimos terceiros salários, nas férias acrescidas do terço constitucional e no FGTS.

Não há falar em afronta, conseqüentemente, aos princípios da primazia da realidade, da restituição integral, da legalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, à norma legal citada e aos arts. 2º, 8º, 189, 190, 191, 194, 442, 443, 456 e 818 CLT, 8º, 370, 371, 373, 374, I, 375, 479 e 489, §1º, do CPC, 114, 122, 129, 186, 187, 421, 422, 884, 885 e 927 do Código Civil e 1º, IV, 5º, II, XXII, XXXVI, LIV e LV, 7º, XXII, XXIII e XXVIII, e 170, IV, da Constituição Federal.

Perante o exposto, dou provimento ao recurso para condenar a ré ao pagamento do adicional de insalubridade no grau máximo de 40%, calculado sobre o salário mínimo nacional, mais reflexos nos nas horas extraordinárias, no adicional noturno, nos décimos terceiros

salários, nas férias acrescidas do terço constitucional e no FGTS, autorizando a dedução do adicional de insalubridade pago no grau médio de 20%.

2 - Reversão da justa causa

No que tange à dispensa por justa causa, verifica-se que a parte obreira, com a finalidade de provar o direito ao adicional de insalubridade no grau máximo, trouxe no ID. a9a3b2a e ID. 4ae88a1 uma folha de cada prontuário de dois pacientes em isolamento que seriam portadores de doenças infectocontagiosas.

Embora se trate de uma folha de cada paciente, cujos nomes estão cobertos e, portanto, não permitem a identificação, preceitua o §2º do art. 87 do Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1.931, de 2009, conforme autoriza o art. 5º da Lei n. 3.268, de 1957, "O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente".

Na conformidade da fundamentação da sentença, essa conduta acarreta descrédito para a empresa, uma vez que possui o dever de guarda dessa documentação, mas não foi diligente e falhou na fiscalização.

De igual evidência a falta grave o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, aprovado pela Resolução COFEN 311, de 2007, do qual sobressai o seguinte acerca do sigilo profissional:

RESPONSABILIDADES E DEVERES

Art. 82. Manter segredo sobre fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão de sua atividade profissional, exceto casos previstos em lei, ordem judicial, ou com o consentimento escrito da pessoa envolvida ou de seu representante legal

.....

PROIBIÇÕES

Art. 84. Franquear o acesso a informações e documentos para pessoas que não estão diretamente envolvidas na prestação da assistência, exceto nos casos previstos na legislação vigente ou por ordem judicial.

Levando em conta que descumpriu a sua responsabilidade e dever previstos no código de ética da profissão, está configurada a falta grave.

Como o pedido de pagamento das multas de que tratam os arts. 467 e 477, §8º, da CLT, da indenização substitutiva do seguro-desemprego e da indenização por danos morais e de reconhecimento da estabilidade gestante estão vinculados à reversão da justa causa, seguem a mesma sorte.

Intactos, portanto, os princípios da primazia da realidade, da proteção, da restituição integral, da legalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, às regras legais mencionadas e do *in dubio pro operario* e os arts. 2º, 8º, 9º, 442, 443, 444, 456, 482, alínea "g", e 818 CLT, 8º, 370, 371, 373, 374, I, 375, e 489, §1º, do CPC, 114, 122, 129, 186, 187, 421, 422, 884, 885 e 927 do Código Civil, e 1º, III e IV, 3º, I e IV, 4º, II, 5º, II, XXII, XXXVI, LIV e LV, 6º, 7º, VI, X e XXVIII, 170, 193, 196, 200, VIII, 225 e 10, II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Frente ao exposto, nego provimento ao recurso nesse tópico.

ACORDAM os membros da 5ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DOS RECURSOS**. No mérito, por igual, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ** e **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA** para condenar a ré ao pagamento do adicional de insalubridade no grau máximo de 40%, calculado sobre o salário mínimo nacional, mais reflexos nos nas horas extraordinárias, no adicional noturno, nos décimos terceiros salários, nas férias acrescidas do terço constitucional e no FGTS, autorizando a dedução do adicional de insalubridade pago no grau médio de 20%. Custas de R\$ 300,00 (trezentos reais), pela ré, sobre o valor da condenação alterado para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 23 de janeiro de 2018, sob a Presidência da Desembargadora do Trabalho Gisele Pereira Alexandrino, o Desembargador do Trabalho Alexandre Luiz Ramos e o Juiz do Trabalho Convocado Ubiratan Alberto Pereira. Presente a Dra. Teresa C.D.R. dos Santos, Procuradora Regional do Trabalho.

Des. ALEXANDRE LUIZ RAMOS

Relator