



PODER JUDICIÁRIO ||| JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
43ª Vara do Trabalho de São Paulo ||| RTOOrd 1001348-95.2018.5.02.0043
RECLAMANTE: _____
RECLAMADO: _____

SENTENÇA

I- RELATÓRIO

_____ ajuizou Reclamação Trabalhista em face de _____, alegando em síntese: admissão em 14.02.2001, função de técnica em enfermagem, último salário de R\$ 5.483,07, dispensa imotivada em 11.06.2018, com adimplemento do acerto rescisório. Com base nos argumentos de fato, formulou os pedidos constantes do rol da Petição de Inicial. Deu à causa o valor de R\$ 372.996,76.

Frustrada a conciliação, a reclamada apresentou defesa escrita, arguindo da inicial e a prescrição quinquenal, tendo contestado todos os pedidos da exordial pugnando, ao final, pela improcedência da reclamatória.

Impugnação à defesa e aos documentos às fls. 880/885;

Laudo pericial acostado, fls. 888/929, sobre o qual as partes se manifestaram.

A instrução processual foi encerrada, após oitiva das partes e de uma testemunha. Razões finais escritas.

Recusada a derradeira proposta conciliatória.

II- FUNDAMENTAÇÃO

A demanda será apreciada nos limites estabelecidos na petição inicial, nos termos dos artigos 141 e 492 do CPC.

Inépcia da inicial

Analisando a petição inicial, verifico o preenchimento dos requisitos insertos no artigo 840 da CLT dos artigos 319 e 320 do CPC, possibilitando à reclamada a elaboração de defesa útil e a compreensão suficiente ao exame jurisdicional de mérito, quanto aos pedidos da inicial.

Sendo assim, REJEITO a preliminar.

Prescrição quinquenal.

Aviada a tempo e modo, declaram-se extintas, com o julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso II do CPC, por força da prescrição quinquenal, as pretensões anteriores a

24.10.2013, nos termos do artigo 7º, XXIX da CF e Súmula 308, inciso I do C. TST, tendo em vista que a reclamatória foi ajuizada em 24.10.2018.

Do adicional de periculosidade.

Pretende a reclamante o recebimento de adicional de periculosidade, por não adimplido.

A questão restou elucidada mediante o laudo pericial elaborado, fls. 888/929:

"NÃO HÁ CONDIÇÕES DE PERICULOSIDADE, nos termos da Portaria nº 3.214/78 do MTE, Norma Regulamentadora nº 16, 20 e Anexos."

Oportunizada a manifestação das partes, a reclamada concordou com a conclusão do laudo pericial e a reclamante impugnou afirmando que havia periculosidade, uma vez que havia tanques de combustíveis de geradores na construção vertical em que laborava.

Em sede de esclarecimentos o Sr. perito reafirmou as conclusões do laudo e informou que não existe armazenamento de produtos inflamáveis no interior da construção vertical em que a autora exercia suas funções. Ressalta-se que a perícia foi realizada in loco, sendo as partes intimadas a participar.

Sendo assim, considerando que o Sr. Perito concluiu pela inexistência de labor em condições de perigosas, julgo IMPROCEDENTE o pedido de adicional de periculosidade.

Do adicional de insalubridade.

Requer a reclamante o recebimento de diferenças a título de adicional de insalubridade.

A questão restou elucidada mediante esclarecimento ao laudo pericial elaborado, retificando as conclusões anteriores, e concluindo às fls. 949/953:

"HÁ CONDIÇÕES INSALUBRES de grau máximo (40%), pela exposição a agentes biológicos (trabalho ou operações em contato habitual e permanente com pacientes e material infecto-contagante, bem como pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas e objetos de seu uso, não previamente esterilizados), durante todo pacto laboral, conforme Anexo nº 14 da NR-15 da Portaria 3.214/78 do MTE.

Ressalte-se que a reclamada não logrou em infirmar as informações apostas no laudo pericial realizado por perito de confiança deste juízo. O perito constatou que a reclamante exercia suas funções em contato com material infecto-contagante, o que lhe gera direito ao adicional de insalubridade em grau máximo.

Importante ainda frisar que, a partir da documentação acostada aos autos, o reclamado já paga o adicional de insalubridade grau médio (20%).

Desta feita, julgo PROCEDENTE o pedido de diferenças a título de adicional de insalubridade (40% sobre o salário-mínimo - Súmula Vinculante nº 04/STF), no curso do contrato, com reflexos em aviso prévio indenizado, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%.

Por se tratar de verba que possui natureza salarial, são devidos os reflexos no aviso prévio, nas férias mais 1/3, nos 13ºs salários e, com esses, no FGTS.

Julgo IMPROCEDENTE, por outro lado, o pedido de reflexo em RSR, vez que o adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo, o que inclui o repouso semanal.

Da jornada de trabalho do reclamante: das horas extras, do intervalo intrajornada, do adicional noturno

Alega a autora que laborou em regime de sobrejornada, inclusive em domingos e feriados, sem o pagamento correto das horas extras e sem a concessão correta do intervalo intrajornada. A reclamante, por sua vez, aduz quitação de todas as horas extras eventualmente laboradas, inclusive em domingos e feriados, colacionando aos autos os controles de ponto e os holerites.

Examino.

Compulsando os autos, verifica-se que não há prova robusta capaz de descaracterizar os dias e horários de entrada e saída registrados nos cartões de ponto que, diga-se de passagem, o reclamante requereu a juntada, constando neles horários variáveis, inclusive com apontamento de intervalo para descanso e alimentação, bem como domingos e feriados trabalhados.

Ainda, de forma contraditória, a reclamante disse em seu depoimento que trocava o uniforme e batia o ponto, enquanto sua testemunha afirma que após trocar o uniforme aguardava o horário contratual para bater o ponto, pois só era permitido bater o ponto naquele horário.

Assim sendo, ante a contraditória prova do autor, não há como considerar as alegações da testemunha, razão pela qual seu depoimento será desconsiderado como meio de prova no quesito horas extras.

Logo, tem-se como idôneos os cartões de ponto juntados.

Assinalo que pelo cotejo dos cartões de ponto com os recibos de pagamento não se constatou erro no pagamento das horas extras laboradas, que eram pagas com adicional de 90% e domingos e feriados com adicional de 100%. Verifica-se ainda o pagamento de adicional noturno.

Além disso, o autor não apontou satisfatoriamente nenhuma irregularidade no pagamento das horas extras que constam dos cartões de ponto e nem apontou as diferenças que entende como devidas a título de adicional noturno. Importante ressaltar que apenas declarar que o cartão de ponto demonstra horas extras e não apontar o valor real das diferenças devidas em quando da análise dos holerites não é capaz de desincumbir do ônus que competia, nos termos do art. 818 da CLT c/c art. 373, I, do CPC.

Importante ainda ressaltar que os holerites apontam pagamento de HORAS EXTRAS 100%.

Em consequência, julgo IMPROCEDENTE o pedido de horas extras e reflexos, inclusive domingos e feriados. IMPROCEDENTE ainda o pedido de diferenças a título de adicional noturno.

Do intervalo do art.384 da CLT

O intervalo previsto no art. 384 da CLT não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, por constituir discriminação entre os gêneros, partindo da falsa premissa de que a mulher, por ser o sexo frágil, necessita de um descanso antes do início do sobrelabor, surtindo efeito contrário ao intento do legislador, pois, ao invés de proteger o mercado de trabalho feminino, cria-lhe mais barreiras.

Ademais, o trabalhador (homem ou mulher), via de regra, tem liberdade para deixar seu posto de trabalho, por alguns minutos, a fim de beber água e ir ao banheiro, no próprio curso da jornada, não sendo indispensável esse intervalo para essa finalidade.

Importante ressaltar que o julgamento do RE 658312 proferido em novembro de 2014, em que o STF havia decidido, por maioria, que o artigo 384 da CLT tinha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 foi declarado nulo em função de um equívoco na citação da empresa autora do recurso.

Dessa forma, até a presente data não há decisão definitiva da Suprema Corte quanto à recepção ou não do art.384 da CLT, o que afasta a aplicação da Súmula 28 do E. TRT da 2ª Região.

Desta feita, não havendo questões fisiológicas que justifiquem o tratamento diferenciado, julgo IMPROCEDENTE as horas extras pautadas nesta causa de pedir.

Dos danos morais

Primeiramente ressalto que o assédio moral caracteriza-se como a conduta que expõe a vítima - o trabalhador - a situações humilhantes, incômodas e constrangedoras. Assim, configura-se o assédio moral sempre que há conduta tendente a desestabilizar emocionalmente a vítima, a partir de ataques regulares e contínuos que lhe exponham a situações vexatórias.

Cumprе salientar que o terror psicológico pode ser vertical descendente (praticado pelo superior hierárquico), horizontal (praticado entre colegas da mesma hierarquia) ou vertical ascendente (praticado por um grupo de subordinados dirigindo-se a seu superior), bem como a conduta pode ser expressa ou tácita.

Em que pese a ausência de tipificação no ordenamento jurídico brasileiro, exceto em algumas leis municipais, é possível reconhecer o assédio moral embasado no direito constitucional da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição Federal, e nos direitos fundamentais do cidadão à saúde, à honra e a um ambiente de trabalho saudável.

Pois bem. Após o breve relato passo a análise da existência ou não do assédio moral.

A testemunha arrolada pela reclamante assim declarou:

"8) que a relação da reclamante com os superiores e com os demais colegas era péssima; que a enfermeira Sra. Maria Piedade sempre culpava a reclamante pelo sumiço dos materiais; que em determinada ocasião a reclamante ficou trancada no banheiro com três enfermeiras (Maria Piedade, Andréa e Márcia Zampa); que a depoente chegou para ir ao banheiro e foi impedida de entrar no local. Que presenciou a Sra. Maria Piedade dizendo à reclamante que negro era lento; que um funcionário chamava a reclamante de macumbeira; que outros funcionários diziam que a reclamante morava em lugar de mendigos e pombos; que esses fatos ocorriam todos os dias; que a reclamante se queixava dos fatos à supervisão, mas diziam "abafa o caso"."

A partir da prova oral produzida verifica-se que a reclamante sofria humilhações diárias por parte de seu superior.

Diante disso, tem-se que a conduta da reclamada durante o contrato de trabalho entre as partes foi ilícita e ofensiva ao princípio da dignidade humana, porquanto expôs a autora e demais trabalhadores a condições indignas, ferindo a honra e imagem, descurando, pois de sua responsabilidade quanto a zelar pelo bem estar e higiene física e mental dos seus empregados.

A existência de canal de denúncia não impede a prática reiterada das humilhações.

A meu ver, as condições a que fora submetida - sendo chamada de "macumbeira", sendo ofendida pela sua raça e pela sua condição social- são atentatórias à honra, moral, imagem e, assim, à dignidade humana e têm o condão de produzir danos morais decorrentes de sentimentos de frustração, medo, angústia e insegurança.

Desse modo, presentes o ato ilícito, a culpa da reclamada, o nexo causal e o dano, o que ensejam a responsabilidade subjetiva da reclamada pela reparação do dano, nos moldes previstos no art. 927 do Código Civil c/c art. 7º, XXVIII da Constituição Federal.

Assim, considerando a culpa do reclamado e **sua capacidade financeira**, o tempo de trabalho da reclamante (mais de 17 anos), extensão do dano sofrido e o caráter pedagógico da pena,

julgo PROCEDENTE o pedido de indenização por danos morais, para condenar a reclamada no pagamento do valor de R\$ 100.000,00.

Para que não se alegue omissão, ressalte-se que na petição inicial há estimativa do valor a título de indenização e não limite máximo pretendido.

Da gratuidade judiciária

Nos termos do art. 790, §3º, da CLT "É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social."

Conforme portaria nº 8 do Ministério da Fazenda, desde 1º de janeiro de 2019, o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social corresponde a R\$ 5.839,45e 40% de tal valor equivale a R\$ 2.375,48.

Assim, há presunção absoluta de insuficiência de recursos no caso ora analisado, já que a autora não está trabalhando, apenas fazendo bicos, portanto sem a percepção de salário, razão pela qual lhe concedo os benefícios da justiça gratuita.

Honorários Advocatícios

Na visão desta Magistrada os honorários advocatícios têm natureza híbrida, sendo instituto de direito processual e de direito material.

Desta feita, considerando que a presente demanda foi ajuizada após a vigência da Lei 13.467/2017, designada como "Reforma Trabalhista", aplicável o art. 791-A da CLT.

Conforme decisão, houve procedência parcial dos pedidos postulados.

Passo, assim, a arbitrar os honorários advocatícios:

Honorários da autora:

Julgo procedente o pedido para condenar a ré no pagamento dos honorários advocatícios em proveito do advogado da autora.

Com fulcro no art. 791-A, §2º, da CLT arbitro em 10% sobre o efetivo proveito econômico da execução, assim compreendidos os créditos líquidos regularmente apurados em liquidação de sentença (ou seja, após as deduções fiscais e previdenciárias), conforme disposição contida no artigo 791-A, caput, da CLT.

Honorários da ré:

Nesta sentença, a reclamante foi considerado sucumbente apenas em relação à pretensão formulada nos itens 1, 2, 3, 4 e 5 do rol de fls. 08.

No entendimento desta magistrada a sucumbência em proveito da empresa abará apenas e tão somente os pedidos que foram considerados integralmente rejeitados, de modo que, havendo reconhecimento do direito, ainda que em patamar inferior ao que foi postulado, aplicável a disposição contida no artigo 86, parágrafo único do CPC.

E, observando-se a disposição contida no artigo 791-A, parágrafo 2º da CLT, arbitro os honorários advocatícios em proveito do advogado da empresa em 10% sobre o pedido, o que corresponde a R\$ 33.110,65.

Ressalte-se que por valor atualizado da causa, entende-se o montante fixado pelo autor, na petição inicial, corrigido pelos mesmos índices do crédito trabalhista, sem a incidência de juros de mora.

Tendo em vista a concessão do benefício da gratuidade de justiça ao autor, os honorários advocatícios ficarão sob condição de exigibilidade suspensa pelo prazo de 02 anos, conforme disposição contida no artigo 790-A, parágrafo 4o da CLT.

Não poderá haver compensação de valores, na forma do art. 791-A, §3º, da CLT.

Dos honorários periciais - adicional de periculosidade e insalubridade.

Com fulcro na nova redação do art. 790-B da CLT, fixa-se a verba honorária em R\$ 1.000,00 (Mil reais - limite estabelecido na Resolução 66/10 do CSJT), de responsabilidade da reclamada, eis que sucumbente no objeto da perícia (artigo 790-B da CLT), atualizáveis na forma prevista na OJ 198 da SDI-1 do TST.

Dos ofícios.

Diante da gravidade das ofensas sofridas pela reclamante durante o pacto laboral, oficie-se ao Ministério Público do Trabalho e ao Ministério Público do Estado de São Paulo para os fins que entenderem cabíveis.

Da Dedução/ Compensação.

Autoriza-se a dedução das parcelas pagas sob o mesmo título.

III- DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra - que passa a fazer parte integrante deste dispositivo, deferida a gratuidade de justiça à parte autora, observada a dedução/compensação, julgo:

- extintas, com o julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso II do CPC, por forçada prescrição quinquenal, as pretensões anteriores a 24.10.2013, nos termos do artigo 7º, XXIX da CF, e, no mérito,

- **PROCEDENTES, em parte** os pedidos para condenar _____ a pagar a _____, no prazo de 08 dias após o trânsito em julgado, as seguintes parcelas:

- diferenças a título de adicional de insalubridade e reflexos, na forma da fundamentação;- danos morais, nos termos e parâmetros constantes da fundamentação.

Os valores serão apurados em regular liquidação de sentença, respeitando todos os limites e parâmetros estabelecidos na fundamentação, parte integrante deste dispositivo, observada a evolução salarial.

Relativamente aos depósitos do FGTS com quarenta por cento, deferidos na forma de reflexos, deverão ser recolhidos na conta vinculada do Reclamante, no prazo de oito dias da liquidação desta decisão, intimando-se previamente a Reclamada.

A comprovação nos autos, do cumprimento das obrigações de fazer, deverá ser feita no mesmo prazo acima, sob pena de ter-se por não realizado.

Os recolhimentos deverão observar as parcelas de natureza remuneratória - artigo 15, da Lei 8.036/90.

Após o cumprimento da obrigação acima, EXPEÇA-SE alvará (artigo 20, I, da Lei 8.036/90).

Os juros serão contados a partir da data do ajuizamento da ação (artigo 883 da CLT), calculados na base de 1%, pro rata die, incidentes sobre o valor já corrigido monetariamente (Súmula 200 do TST).

Correção monetária nos termos do artigo 459 da CLT, observada a Súmula nº 381 do TST.

Fixa-se, ainda, que na atualização monetária deverá ser aplicado o índice IPCA, ante o julgamento pela 2ª Turma do STF, em 05/12/2017, que rejeitou a Reclamação 22.012/RS contra a decisão do TST que determinou a adoção de tal índice como a mais adequada.

Prejudicada, portanto, a previsão da correção monetária pela TR conforme prevê o novo art. 879, §7º da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, ante o julgamento do Plenário do STF que validou a decisão do TST que declarou a inconstitucionalidade por arrastamento da Taxa Referencial como índice no processo do trabalho.

A correção monetária da indenização por danos morais será devida a partir de publicação da decisão, em razão do valor ter sido fixado por arbitramento (Súmula 362, do C. STJ).

Inexiste amparo legal para a aplicação de critérios outros que não os ora deferidos.

Em atendimento ao disposto no art. 832, parágrafo terceiro, da CLT, observar-se-á o disposto no § 9º, do artigo 28, da Lei 8.212/91 quanto à natureza jurídica das parcelas objeto de condenação.

A importância porventura devida a título de IR deverá incidir na forma prevista no artigo 12-A da Lei 7.713/88, incluído pela Lei 12.350/10 c/c IN/RFB nº 1.127/11, devendo ser apurado mês a mês, com a ressalva de que os juros de mora correspondem a perdas e danos, possuindo, portanto, caráter indenizatório, sem incidência de imposto. Logo, inaplicável ao caso o art. 56 do mesmo dispositivo legal. Autoriza-se, desde já, a retenção das parcelas devidas pelo reclamante.

Os valores fiscais e previdenciários deverão ser recolhidos e comprovados pela reclamada, sob pena de execução das quantias equivalentes (previdenciárias) e ofício à Receita Federal (fiscais).

Não possui amparo legal o pedido de transferência da responsabilidade pelos pagamentos do IR e contribuição previdenciária para reclamada. A obrigação relativa ao recolhimento previdenciário é dividida entre empregado e empregador, nos termos da legislação previdenciária e da Súmula 368 do TST. O fato gerador do IR, por sua vez, é disposto em lei. E, em se tratando de matéria tributária, é de se aplicar, sempre, o princípio da legalidade, não sendo possível transferir a outrem a obrigação tributária que recai sobre o trabalhador.

Expeçam-se os ofícios. Providencie a Secretaria.

Honorários advocatícios e periciais na forma da fundamentação.

Os demais pedidos são improcedentes.

Atendem as partes para a previsão contida nos artigos 80, 81 e 1.026, §2º do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão ou, simplesmente, contestar o que foi decidido. Ressalte-se que os embargos interpostos para fins de prequestionamento, ou suscitando o reexame da matéria probatória, ou dos aspectos já decididos, por serem manifestamente incabíveis, serão considerados não interpostos, sem interrupção do prazo para apresentação de outros recursos. Registro que estão abrangidos por esta disposição tanto a fundamentação quanto o dispositivo da sentença.

Custas processuais, pela reclamada, no importe de R\$ 2.300,00 calculadas sobre R\$ 115.000,00, valor arbitrado à condenação.

A União será intimada oportunamente, se for o caso.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

SAO PAULO, 5 de Junho de 2019

LIVIA SOARES MACHADO
Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)



Assinado eletronicamente. A
Certificação Digital pertence
a:



[LIVIA SOARES

19060513410823100000141079011 **MACHADO]**

[https://pje.trtsp.jus.br
/primeirograu/Processo
/ConsultaDocumento
/listView.seam](https://pje.trtsp.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam)



Documento assinado pelo Shodo