



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO PJE Nº 1001744-23.2016.5.02.0082 16ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: ANA ANGELICA DUDA

RECORRIDO: KREINDE CUKIER (REPRESENTANTE: LEA CUKIER MUSZKAT)

ORIGEM: 82ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

E M E N T A: CUIDADORA DE IDOSA - DISPONIBILIDADE PARA POSSÍVEL INTERCORRÊNCIA NO PERÍODO NOTURNO - HORAS EXTRAS - ADICIONAL NOTURNO - A função da cuidadora de idosos pressupõe, dentre outras ocupações, a observação da higidez, qualidade do sono da pessoa com idade avançada, velando pelo seu descanso, além de participação ativa nas terapias ocupacionais e físicas, acompanhando-os nessas práticas; devendo, ainda, estar atenta sempre aos cuidados especiais e/ou à quaisquer alterações físicas ou comportamentais do idoso(a). Logo, se a reclamante foi contratada para dormir em seu emprego, por corolário, resta lógica a conclusão, de que havia a imprescindibilidade de acompanhamento noturno, obrigando a profissional a permanecer em estado de alerta para alguma irregularidade. Desse modo, a alegação defensiva de que a reclamada dormia, e não exigia cuidado e trato todo o tempo, não afasta a circunstância de que a empregada, responsável e habilitada, persistia no local para atender a anciã, em caso de intercorrência, situação que, à luz do artigo 4º da CLT, configura tempo à disposição do empregador. Em síntese, sendo inerente à função encontrar-se às ordens para alguma anormalidade, durante toda a jornada, resta certo que, se porventura desejasse realizar qualquer atividade noturna, fora do ambiente de trabalho, a trabalhadora estaria impedida em razão do contrato. Constata-se, pois, o excedimento dos limites previstos no artigo 2º, da Lei Complementar nº 150, de 01/06/2015 (dispõe sobre o trabalho doméstico), fazendo jus ao pagamento como extra das horas que ultrapassarem a 8ª diária e 44ª semanal, bem como do adicional noturno, nos termos do artigo 14 da mesma lei. **Recurso da autora provido.**

Inconformado com a r. sentença de fls. 77/83 e 84/90, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da exordial, complementada pela decisão de embargos de declaração (fls. 108/109 e 110/11), recorre ordinariamente a reclamante (fls. 95/98), pugnando pela reforma do r. julgado no tocante às horas extras e adicional noturno. Pede provimento.

Procuração outorgada pelo recorrente ao signatário nos exatos termos do artigo 654 do Código Civil à fl. 08.

Contrarrazões às fls. 116/120. Procuração outorgada ao signatário pelo recorrido nos exatos termos do artigo 654 do Código Civil e do disposto na Súmula nº 456, do C. TST à fl. 36.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais objetivos e subjetivos, conheço.

MÉRITO

HORAS EXTRAS - ADICIONAL NOTURNO

Afirma a reclamante, ora recorrente, que, independentemente do horário que, a reclamada ou ela mesma, iam dormir, restou incontroverso que sua jornada iniciava às 16h30min, e que somente poderia se ausentar da residência da ré, após as 05h00 da manhã, fato esse que, no mínimo, caracteriza permanência à disposição da reclamada, pelo período de tempo retro mencionado. Requer, assim, a reforma da r. decisão de primeiro grau a fim de dar provimento ao pedido de pagamento de horas extras e adicional noturno, conforme pleiteado na exordial.

Ao exame.

O horário mencionado na inicial, com início às 16h30/17h00 e saída às 06h00 do dia seguinte, foi, parcialmente, renegado, pela reclamada, em defesa (fls. 52/55).

A Lei Complementar nº 150, de 01/06/2015, e que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, é clara no sentido da obrigatoriedade de o empregador doméstico manter meio idôneo de controle da jornada, inclusive com anotação do intervalo, confira-se:

"Art. 12. É obrigatório o registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo".

Assim, é ônus do empregador doméstico registrar o horário de trabalho do empregado, sob pena de presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, nos termos do item I, da Súmula 338, do C. TST, aplicável por analogia, que pode ser elidida por prova em contrário.

No caso dos autos, não foram juntados controles de ponto da reclamante pela reclamada, sendo certo que esta, além de admitir a modalidade de emprego existente entre as partes, como sendo a "doméstica" (item "03", fl. 46), igualmente, atesta o cumprimento de 12 horas diárias de trabalho, senão vejamos:

"Deve observar-se que a Reclamante chegava na residência da Sra. Kreinde por volta de 16:30/17:00 horas e efetuava cuidados com a idosa somente até as 21:00 horas, posto que a Sra. Kreinde se deita todos os dias por volta das 20:30/21:00 horas. Além disto, por prescrição médica a Sra. Kreide toma diariamente medicação para dormir, qual seja, LEXOTAN 3mg (vide relatório médico em anexo), o que a faz dormir por aproximadamente até 07:00/08:00 horas da manhã..omissis".

"Além disto, a Reclamante poderia ausentar-se da residência da Sra. Kreide após as 05:00 horas da manhã, posto que as 06:00 horas, a Sra. Sonia (até 06/07/2015) e posteriormente a Sra. Nair, empregadas domésticas da residência da Sra. Kreinde, iniciavam a jornada de trabalho diário, sendo estas que após as 07:00/08:00 horas faziam e davam o café da manhã para a Sra. Kreinde ou lhe auxiliavam em qualquer outra necessidade (...)" (grifei).

Ademais, a única testemunha ouvida nos autos, não logrou estabelecer com precisão o horário de trabalho da autora.

Diante disso e d.v. do decidido na origem, tem-se que o cumprimento das horas extras é incontroverso nos autos, porquanto ultrapassado os limites previstos no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

O fato de a reclamada dormir e não exigir cuidado e trato todo o tempo, não afasta a circunstância de que havia no local uma profissional disponível para atendê-la se fosse preciso, situação que, à luz do artigo 4º da CLT, configura tempo à disposição do empregador.

Como se sabe, é inerente à função da cuidadora, a disponibilidade para alguma intercorrência durante a jornada de trabalho. A contratação de um cuidador pressupõe a imprescindibilidade de acompanhamento noturno. Portanto, sendo inerente à função encontrar-se às ordens para alguma irregularidade durante toda a jornada, resta certo que, se porventura desejasse realizar qualquer atividade noturna fora do ambiente de trabalho, a recorrente estaria impedida em razão do contrato.

E, apenas para ressaltar - posto que não foi objeto do pedido exordial -, é fato incontroverso que a reclamante dormia no serviço, o que pressupõe o gozo do intervalo intrajornada. Afinal, se a laborista dormia no local de trabalho, conforme declarado na contestação, não se pode concluir pela impossibilidade de se alimentar e descansar.

Desse modo, deve ser reformada a r. sentença para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes à 8ª diária ou 44ª

semanal, o que for mais benéfico, por todo o período contratual, considerando a jornada de trabalho de segunda a sexta-feira, das 17h00 às 05:00 horas, com 01 hora de intervalo para refeição e descanso.

Para o cálculo das horas extras, deverão ser considerados: adicional legal de 50%; frequência integral (à míngua de prova, sequer alegação de qualquer afastamento); evolução salarial da reclamante; base de cálculo nos termos da Súmula 264 do C. TST; e divisor 220 (ante a jornada de 08 horas diárias e 44 horas semanais a que tinha direito a reclamante, nos termos do artigo 7º, inciso XIII, da Carta Magna).

Em face da natureza salarial e habitualidade da parcela, haverá reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e FGTS.

Incabíveis reflexos em saldo de salário, sob pena de "*bis in idem*"

Reconhecida a jornada laboral no período das 17:00 às 05:00 horas, é devido o pagamento do adicional noturno quanto às horas laboradas em período noturno, assim como as horas em prorrogação à jornada noturna (Súmula 60, inciso II, do C. TST), com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e FGTS.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos acima.

É o voto.

Presidiu o julgamento a Exma. Desembargadora Regina Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Desembargadores Nelson Bueno do Prado, Dâmia Avoli (revisora), e Orlando Apuene Bertão.

Sustentação oral realizada pelo(a) Dr(a).:

CONCLUSÃO

Isto posto, **ACORDAM** os Magistrados da 16ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região em: por unanimidade de votos, **conhecer e dar provimento** ao Recurso Ordinário, para condenar a reclamada ao pagamento de: **a)** horas extras, assim consideradas as excedentes à 8ª diária ou 44ª semanal, o que for mais benéfico, por todo o período contratual, considerando a jornada de trabalho de segunda a sexta-feira, das 17h00 às 05h00, com 01 hora de intervalo para refeição e descanso, com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e FGTS,

observados os parâmetros de liquidação constantes da fundamentação do voto; e **b)** adicional noturno quanto às horas laboradas em período noturno, assim como as horas em prorrogação à jornada noturna, com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e FGTS. Juros nos termos do artigo 883 da CLT e da Súmula nº 200 do C. TST; e correção monetária na forma da Súmula nº 381, do C. TST. As parcelas deferidas possuem natureza salarial, exceto os reflexos em parcelas indenizadas e FGTS.

NELSON BUENO DO PRADO
Relator

NBP/04