



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041
RECURSO ORDINÁRIO DA 41ª V.T. DE SÃO PAULO
RECORRENTES: 1) PROCARE SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA.
2) JOELMA MARQUEZ ACHINEFU
RECORRIDO: COOPSAÚDE COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS
DA SAÚDE

SERVIÇO DE “HOME CARE”. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INDEVIDO. *O Anexo 14 da NR-15 disciplina sobre insalubridade no trabalho em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos e vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana. Residência não é estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana. Logo, não há que se falar em adicional de insalubridade no serviço de “home care”. Recurso ordinário provido neste ponto para excluir da condenação o adicional de insalubridade e reflexos.*

Adoto o relatório do voto do I. Desembargador Sorteado.

“Inconformadas com a sentença de fls.265/267, complementada pela decisão prolatada em sede de embargos de declaração de fls.278, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a reclamação trabalhista, recorrem ordinariamente a primeira reclamada às fls. 279/295, reiterado às fls. 304/320, e a reclamante às fls. 346/358, pleiteando a reforma da decisão.

Contrarrazões pela reclamante às fls.329/345 e pela 1ª reclamada às fls.360/366.

É o relatório.”

V O T O

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos, visto que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

2. RECURSO DA 1ª RECLAMADA

A E. Turma, **por unanimidade**, acolheu o entendimento contido no voto do I. Desembargador Sorteado, a saber:

“- Da inexistência de vínculo empregatício

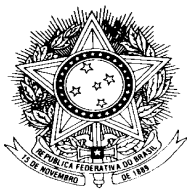
A 1ª reclamada pretende a reforma da sentença de origem que reconheceu o vínculo empregatício no período de 06/09/2012 a 04/10/2015, alegando que a reclamante, durante este período, lhe prestava serviços por meio de cooperativa. Aduz, ainda, não há falar em ilicitude na terceirização, nos termos do item III, da Súmula 331 do C.TST, na medida em que a contratação por meio de cooperativa não vedada pelo ordenamento jurídico.

Razão, contudo, não assiste à recorrente.

Como é público e notório, as cooperativas de trabalho têm sido objeto de intensa investigação por parte do Ministério Público do Trabalho, tendo em vista as frequentes irregularidades por elas cometidas no que tange ao fornecimento de mão de obra, com o intuito de fraudar a legislação trabalhista.

In casu, conforme defesa apresentada, e os depoimentos às fls. 247/248, a recorrente não nega a prestação de serviços por parte da reclamante, limitando-se a sustentar que a autora ativava-se na condição de cooperada, sem qualquer subordinação por parte da ré, o que afastaria, em tese, a caracterização do vínculo empregatício pretendido.

Assim, a reclamada assumiu o encargo de provar que as condições em que a autora prestou seus serviços se deram da forma por ela alegada, sem o preenchimento dos requisitos do art. 3º da CLT (*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

Desse ônus, contudo, não se desincumbiu satisfatoriamente, razão pela qual milita em prol da reclamante a presunção da existência de vínculo empregatício, conforme alegado na peça inicial.

Ressalte-se também que a questão envolvendo a natureza da relação jurídica havida entre as partes foi minuciosamente analisada pelo MM. Juízo de origem, inclusive no que se refere aos pressupostos exigidos pelo art. 3º da CLT, para caracterização da figura do empregado. Senão vejamos.

"Salta aos olhos a grosseira fraude trabalhista ocorrida no caso sub judice.

Em primeiro lugar, a 2ª ré admitiu que "a reclamante prestou serviços apenas para a 1ª reclamada" (fl. 247vº, item 1). A tomadora, de seu turno, confessou que "atua no ramo de atenção domiciliar, emergência e urgência médica; (...); a 1ª reclamada não tem técnicos ou auxiliares de enfermagem contratados como empregados na parte administrativa; não consegue estimar o número de trabalhadores que atuam nesses serviços, acreditando que em número de 500" (fl. 247vº, item 1). Como se vê, a 1ª reclamada terceirizou a sua atividade-fim e a 2ª ré atuou como mera intermediadora de mão de obra, mediante simples mercantilização da força de trabalho alheia, o que é vedado pelo item I, alínea a do Anexo da Constituição da OIT, ao reafirmar que um dos princípios fundamentais da organização é o de que o trabalho humano não é uma mercadoria, à luz da interpretação consagrada na Súmula 331, I/TST.

Ainda que assim não fosse, a prova testemunhal desvelou a existência de pessoalidade e subordinação direta à tomadora de serviços, ao esclarecer que a reclamante laborava de forma fixa na residência de um único cliente da 1ª ré, precisava justificar eventuais faltas e recebia ordens do enfermeiro e das escalistas que eram empregados da 1ª reclamada (fl. 248, item 1). Tais circunstâncias também implicam

formação de vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços, conforme entendimento firmado na parte final do item III da Súmula 331/TST. Presentes na hipótese, portanto, todos os pressupostos fático-jurídicos para a configuração do vínculo empregatício (arts. 2º e 3º da CLT).

Declaro a nulidade da adesão da reclamante aos quadros da cooperativa (2ª ré), com base no art. 9º da CLT e no princípio da primazia da realidade, e reconheço a existência de relação de emprego diretamente com a tomadora de serviços. O contrato de trabalho entre reclamante e 1ª reclamada, de 6/9/2012 a 4/10/2015, com função de auxiliar de enfermagem e salário de R\$ 8,25 por hora, será anotado em CTPS. Por ter participado da fraude, atuando como mera intermediadora de mão de obra, a 2ª reclamada responde solidariamente por todas as verbas deferidas (art. 942 do CC).

(...)".

Sendo assim, não tendo a recorrente se desincumbido do ônus de comprovar a regularidade na contratação dos serviços da reclamante, por meio de cooperativa, impõe-se a manutenção da sentença recorrida que reconheceu o vínculo empregatício conforme postulado na inicial.

- Da jornada de trabalho

a) Da validade da jornada 12X36

Razão assiste à recorrente.

Restou incontroverso nos autos que a reclamante laborava em escala 12X36, situação que, embora sujeite a trabalhadora à jornada de doze horas, é mais benéfica, pois em uma semana ela terá quatro folgas, trabalhando três dias e na semana seguinte trabalhará quatro dias e terá três folgas, e assim sucessivamente, o que lhe retira o direito às horas suplementares além da 08ª diária e/ou da 44ª semanal. Frise-se, por oportuno, que a jornada especial de 12X36 somente é válida quanto autorizada por norma coletiva, hipótese que se aplica "in casu", tendo em vista o conteúdo da cláusula 47ª da Convenção Coletiva de Trabalho trazida aos autos pela própria reclamante (fl.37).

Nesse sentido, a Súmula 444 do C. TST, que estabelece:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

"JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA- 504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012 É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas".

Sendo assim, dou provimento ao apelo para excluir da condenação o pagamento das horas extraordinárias acima da 8ª diária e/ou 44ª semanal e respectivos reflexos.

b) Do intervalo intrajornada

Razão assiste à recorrente.

Cabia à reclamante, nos termos do artigo 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015 o ônus de comprovar que não usufruía da pausa para descanso e refeição, do qual não se desincumbiu satisfatoriamente, haja vista que nenhuma prova foi produzida nesse sentido.

Destarte, dou provimento ao apelo para excluir da condenação o pagamento de uma hora extra decorrentes da supressão/concessão parcial do intervalo intrajornada e respectivos reflexos.

c) Do intervalo previsto no artigo 384 da CLT

Diante do provimento do apelo do recorrente no

tocante à validade da jornada 12X36, não há que se falar em 15 minutos a título de horas extras, nos termos do artigo 384 da CLT.

Destarte, dou provimento ao apelo para excluir da condenação o pagamento de 15 minutos como hora suplementar e seus respectivos reflexos.

- Dos descansos semanais remunerados

A recorrente insurge-se tentando eximir-se da condenação alegando que não foi empregadora da reclamante e que não havia trabalho em todos os dias da semana a ensejar o direito ao pagamento do DSR.

A questão referente ao vínculo está superada, tendo em vista a decisão que reconheceu a existência de contrato de trabalho entre as partes.

Os documentos encartados aos autos demonstram o pagamento de DSR's o que autoriza o pagamento dos reflexos deferidos pela sentença recorrida.

Mantenho.

- Da multa prevista no artigo 477 da CLT

No tocante a à multa do § 8º do art. 477 da CLT, razão assiste à recorrente.

Com efeito, havendo controvérsia a respeito da própria existência do vínculo, não há que se falar em multa por atraso no pagamento de verbas rescisórias.

Nesse sentido, a Súmula 33 deste E. TRT:

"33 - Multa do art. 477, § 8º, da CLT. Cabimento. (Res. TP nº 04/2015 - DO Eletrônico 04/08/2015 - Republicada por erro material)

I. A rescisão contratual por justa causa, quando afastada em juízo, não implica condenação na multa.

II. O reconhecimento mediante decisão judicial de diferenças de verbas rescisórias não acarreta a aplicação da multa.

III. A rescisão do contrato de trabalho por justa causa patronal não enseja a imposição da multa".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

Destarte, dou provimento ao apelo para excluir da condenação o pagamento da multa prevista no §8º, do art. 477 da CLT.

- Dos benefícios previstos em norma coletiva

Reconhecido o vínculo empregatício entre a reclamante e a tomadora de serviços, são aplicáveis, "in casu", as normas coletivas que regem a categoria da reclamante, qual seja técnico em enfermagem, razão pela qual a autora faz jus as diferenças salariais decorrentes dos reajustes normativos, bem como a indenização substitutiva da cesta básica não fornecida, nos termos das CCTs acostadas aos autos.

Nego provimento.

- Da devolução dos descontos

A reclamada pretende a reforma da r. sentença de origem que deferiu o pedido de devolução de descontos indevidos, sustentando, em resumo, tais deduções foram autorizadas em assembléia e revertidas em favor dos cooperados.

Sem razão.

Diante da manutenção da sentença de origem no tocante a fraude na contratação da reclamante com o conseqüente reconhecimento de vínculo empregatício entre a autora e a recorrente, são devidos os valores descontados a título de "tarifa administrativa" e "tarifa bancária", vez que não autorizados pela autora, nos termos do "caput" do artigo 462 da CLT.

- Da multa normativa

Descumprida a norma coletiva da categoria, correta a sentença ao deferir o pagamento da multas normativa prevista na CCT acostada aos autos.

Registre-se, por oportuno, que multa prevista em norma coletiva não reveste a natureza de cláusula penal, mas visa a

compelir o empregador ao cumprimento das obrigações estipuladas no instrumento normativo, sendo, portanto, consequência necessária da norma coletiva, na medida em que reforça as obrigações impostas ao empregador, não necessitando, para ser satisfeita, de ação de cumprimento nos moldes da Lei 8.984/95.

Mantenho.

- Da expedição de ofícios

Em face das irregularidades constatadas na presente reclamação, correta a sentença recorrida ao determinar a expedição de ofícios aos órgãos competentes.

Mantenho.”

Neste ponto, a E. Turma, **por maioria**, vencido o I. Desembargador Sorteado, assim decidiu:

- Do adicional de Insalubridade

Aduz a recorrente que é indevido o pagamento do adicional de insalubridade, vez que esta não se presume e deve estar robustamente comprovada, o que não é o caso dos autos. Afirma que a recorrida trabalhava nadas residências de pacientes em serviço de *home care*, o que por si só afasta as conclusões dos laudos periciais acostados como prova emprestada, vez que cada paciente detém um diagnóstico específico, assim como o respectivo tratamento.

Com razão.

A recorrida trabalhava na residência dos pacientes (*home care*) e, em audiência (fl. 92), requereu que a perícia fosse realizada na casa do Sr. Romero Carvalho, pedido que foi deferido com a condição de que houvesse juntada de autorização do mencionado senhor. Como isto não ocorreu, a realização da perícia médica foi indeferida e foi facultada a juntada de prova emprestada (fl. 187), o que ocorreu às fls. 206-verso/215, 216/223, 224/232 e 233/237.

O Anexo 14 da NR-15 disciplina sobre insalubridade no trabalho em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos e vacinação e outros



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana. Residência não é estabelecimento destinado aos cuidados da saúde humana.

E ainda que superado que este óbice, o que se admite apenas a título de argumentação, há que se observar que as diligências descritas na prova emprestada foram realizadas em locais diversos do da prestação de serviços e, mais importante, não há comprovação de que a condição médica do Sr. Romeu Carvalho fosse a mesma dos pacientes ali indicados.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o adicional de insalubridade e reflexos.

- Do vale transporte

Também neste ponto, razão assiste à recorrente.

Nos termos do art. 818 da CLT, era da recorrida o ônus de provar que utilizava transporte público, qual a modalidade de transporte e qual era o valor da passagem. Todavia, a trabalhadora sequer indicou qual era o transporte utilizado.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação a indenização relativa ao vale-transporte.

No mais, a E. Turma, **por unanimidade**, acolheu o entendimento traçado pelo I. Desembargador Sorteado.

“3. RECURSO DA RECLAMANTE

- Da retificação da CTPS

Razão assiste à recorrente

Reconhecido o vínculo empregatício em Juízo, a data de rescisão a ser lançada na CTPS da reclamante, de acordo com o disposto nos §§ 1º e 6º, do artigo 487, da CLT deve considerar a projeção ficta do aviso prévio, uma vez que este integra o tempo de serviço do

trabalhador para todos os efeitos legais. Vejamos:

"(...)

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

"(...)"

Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial 82 da SDI-1 do C. TST:

"AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado".

Sendo assim, impõe-se a reforma da r._sentença de origem para que seja anotada a data de saída na CTPS da autora, computando-se o prazo relativo ao aviso-prévio indenizado.

- Da remuneração arbitrada

A reclamante pugna pela reforma da sentença de origem, alegando, em síntese, que recebia remuneração mensal, razão pela qual não pode prevalecer o valor arbitrado pelo MM. Juízo de origem. Requer, portanto, o reconhecimento dos valores apontados na inicial.

Razão assiste à recorrente.

Da análise dos elementos acostados aos autos, verifica-se que a reclamante postulou o reconhecimento do valor de R\$ 1.396,32 a título de remuneração, valor que corresponde ao último salário percebido (fls.25). As reclamadas, por sua vez, limitaram-se a impugnar o valor apontado pela autora na petição inicial, afirmando apenas que a reclamante recebia por hora, sem, contudo, especificar qual seria o valor a título de remuneração que entendem correto.

Frise-se que a discordância das reclamadas com o valor arbitrado a título de remuneração deve ser apontada de maneira



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

precisa, a fim de possibilitar uma perfeita análise do pedido, sendo incabível a impugnação genérica e imprecisa, nos termos do artigo 341 do CPC/2015.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo da reclamante para fixar como última remuneração percebida pela reclamante a importância de R\$ 1.396,32, conforme comprovado pelo documento juntado às fls. 25.

- Das horas extras

- Dos reflexos de 13º salário, férias mais 1/3 e aviso prévio majorados pelas horas extras em FGTS mais 40%

Diante do provimento do recurso ordinário da 1ª reclamada no tocante à validade da jornada especial 12X36, bem como do intervalo intrajornada e das horas extras decorrentes do artigo 384 da CLT, resta prejudicada a análise do apelo nesse aspecto.”.

Neste ponto, a E. Turma, **por maioria**, assim decidiu:

- Da base de cálculo do adicional de insalubridade

Argumenta a recorrente que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração percebida e não o salário mínimo.

Diante do decidido no recurso ordinário da reclamada, vale dizer, da exclusão do adicional de insalubridade da condenação, fica prejudicada a análise da matéria.

No mais, a E. Turma, **por unanimidade**, acolheu o entendimento traçado no voto do I. Desembargador Sorteado. –

“ Das perdas e danos

A reclamante postula indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 404 do Código Civil, argumentando, em síntese, que a 1ª reclamada, não pagando os valores a que fazia jus no tempo oportuno, tirou vantagem do dinheiro que não lhe pertencia e, por dele ter se apossado de má-fé, pugna pelos os frutos financeiros auferidos com o uso dos valores referentes aos seus direitos reconhecidos.

O inconformismo, contudo, não merece acolhimento.

As verbas devidas ao empregado, nos moldes consignados pela sentença de origem foram reconhecidos apenas judicialmente e, como tal, serão devidamente acrescidas de correção monetária e juros, razão pela qual não há que se falar em indenização por perdas e danos, tal como ~~postulado~~ postulado.

Nego provimento.

-Ddos honorários advocatícios

Postula a recorrente indenização por perdas e danos, em decorrência da necessidade de contratação de advogado, nos termos dos artigos do Código Civil, bem como da Constituição Federal.

O pedido de indenização por perdas e danos com base nos dispositivos do Código Civil e da CF/88, trata-se, em verdade, de pedido de honorários advocatícios com fundamento jurídico diverso, uma vez que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho *não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família*, consoante o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 219 do C. TST,

Verifica-se, *in casu*, que a recorrente, em que pese ter acostado aos autos a declaração de pobreza, não comprovou estar sendo regularmente assistida pelo sindicato da categoria profissional.

Ademais, cumpre salientar que as despesas com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

advogado nesta seara trabalhista somente é possível quando preenchidos os requisitos da Lei 5.584/70, sendo inaplicáveis, portanto, os dispositivos do Código Civil.

Mantenho.

- Dda correção monetária

Razão não assiste à reclamante.

O Pleno do C. Tribunal Superior do Trabalho, julgando a Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231, considerou inconstitucional a utilização da TRD (Taxa Referencial Diária), como parâmetro de atualização monetária, por não refletir a inflação correta do período, sendo, portanto, incapaz de preservar o valor real da moeda.

Afastada a aplicação do disposto no art. 39 da Lei nº 8.177/91, restou determinado pelo C. TST a utilização do IPCA-E, índice esse que permite uma efetiva recomposição da perda resultante da inflação.

Os efeitos dessa decisão, no entanto, encontram-se suspensos por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação Constitucional nº 22.012.

Sendo assim, para fins de atualização monetária permanece incólume a aplicação da TRD (Taxa Referencial Diária), razão pela qual nego provimento ao apelo e mantenho a sentença de origem nesse aspecto.

- Ddos descontos fiscais e previdenciários

A pretensão da reclamante não merece acolhimento. A autora deverá arcar com a parcela que lhe incumbe, observando-se o quanto disposto no item III, da Súmula 368 do C. TST.

Com efeito, não há amparo legal para imputar ao

empregador as cotas patronais e do empregado em relação aos recolhimentos previdenciários, uma vez que as Leis nº 8.212/91 e 8.620/93 prevêm que a contribuição é bipartida.

Por fim, há que se ressaltar que o C. TST já pacificou a matéria, através da Orientação Jurisprudencial nº 363 da SDI-I.

Relativamente aos recolhimentos fiscais, o imposto de renda também é devido pelo próprio empregado por expressa previsão legal, não havendo amparo para o pleito de que o imposto seja arcado pelo empregador.

Registre-se, por oportuno, que a retenção das parcelas a cargo do empregado nenhum prejuízo lhe trará, na medida em que a apuração dos recolhimentos previdenciários será efetuada mês a mês e a retenção fiscal, se descontada a maior, poderá ser ajustada por ocasião da declaração anual do imposto de renda.

Mantenho.”

Do exposto,

ACORDAM os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **conhecer** dos recursos interpostos pela primeira reclamada e pela reclamante e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da reclamada** para excluir da condenação: a) o pagamento das horas extraordinárias acima da 8ª diária e/ou 44ª semanal e respectivos reflexos; b) o pagamento de uma hora extra decorrentes da supressão/concessão parcial do intervalo intrajornada e respectivos reflexos; c) o pagamento de 15 minutos como hora suplementar e seus respectivos reflexos; d) e o pagamento da multa prevista no §8º, do art. 477 da CLT; e) o adicional de insalubridade e reflexos; f) a indenização relativa ao vale-transporte. **DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da reclamante** para ~~para~~ determinar a anotação da data de saída na CTPS da autora, computando-se o prazo relativo ao aviso-prévio indenizado e fixar como última remuneração percebida o valor de R\$ 1.392,32, tudo nos termos da fundamentação do voto da redatora designada. . Mantenho, no mais, a sentença recorrida. Arbitra-se a condenação em R\$



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

3ª Turma

PROCESSO TRT/SP Nº 0002538-24.2015.5.02.0041

60.000,00, com custas no importe de R\$ 1.200,00.

Des. MÉRCIA TOMAZINHO
REDATORA DESIGNADA

SC