

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

RELATOR: JUIZ PAULO SERGIO JAKUTIS
PROCESSO TRT/SP Nº 1002003-31.2017.5.02.0034 - 4ª
TURMA
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: CARLA FERNANDES
RECORRIDA: IHP DIGIMAGEM MEDICINA DIAGNÓSTICA
S/A
ORIGEM: 34ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

Contra a r. sentença de fls. 361/364 (ID. b3cdc56), cujo relatório adoto, que julgou improcedente a ação trabalhista, recorre ordinariamente a reclamante.

Intenta, por meio do arrazoadado de fls. 370/376 (ID. 7a49fod), a modificação do julgado no que concerne ao enquadramento funcional, horas extras e intervalo intrajornada.

Contrarrazões às fls. 382/386 (ID. cbod72e).

É o relatório.

V O T O

I - DOS PRESSUPOSTOS

Conheço do recurso ordinário interposto pela reclamante, eis que preenchidos os requisitos legais.

II - DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Posicionamento da Turma em relação ao Direito no tempo

Esta Turma entende que as alterações legislativas de cunho material (direito do trabalho) só podem ser aplicadas aos contratos e conflitos ocorridos após a entrada em vigor da Lei [13.467](#)/2017, preservando-se o direito adquirido dos trabalhadores (art. 5º, XXXVI da CF[1]). Logo, na relação de emprego analisada nestes autos, nenhuma modificação realizada pela Lei mencionada (ou Medida Provisória [808](#)/17) foi - ou pode ser - considerada.

Da mesma forma, nenhuma alteração processual que possa trazer prejuízo às partes pode ser aplicada imediatamente, vez que a ação foi proposta anteriormente à entrada em vigor do novo diploma legal e, por conta disso, os limites processuais do feito se estabilizaram (princípio da adstrição) em termos estrangeiros à nova legislação[2].

III - DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

1. DO ENQUADRAMENTO FUNCIONAL. DAS HORAS EXTRAS. DO INTERVALO INTRAJORNADA

Reitera a autora o pleito volvido ao enquadramento funcional asseverando que, embora registrada como biomédica, nos termos da Lei nº [6.684](#) de 03/09/79, realizava as funções de técnica em radiologia, razão pela qual requer a observância da Lei nº [7.394](#) de 29/10/85.
Com razão.

Destaco, de início, que o artigo 5º da Lei nº [6.684](#)/79 dispõe:

Art. 5º - *Sem prejuízo do exercício das mesmas atividades por outros profissionais igualmente habilitados na forma da legislação específica, o Biomédico poderá:*

I - realizar análises físico-químicas e microbiológicas de interesse para o saneamento do meio ambiente;

II - realizar serviços de radiografia, excluída a interpretação;

III - atuar, sob supervisão médica, em serviços de hemoterapia, de radiodiagnóstico e de outros para os quais esteja legalmente habilitado;

IV - planejar e executar pesquisas científicas em instituições públicas e privadas, na área de sua especialidade profissional.

Parágrafo único - O exercício das atividades referidas nos incisos I a IV deste artigo fica condicionado ao currículo efetivamente realizado que definirá a especialidade profissional

Por sua vez, o artigo [1º](#), da Lei nº [7.394/85](#), que regula o exercício da profissão de técnico em radiologia dispõe:

Art. 1º - Os preceitos desta Lei regulam o exercício da profissão de Técnico em Radiologia, conceituando-se como tal todos os Operadores de Raios X que, profissionalmente, executam as técnicas:

I - radiológica, no setor de diagnóstico;

II - radioterápica, no setor de terapia;

III - radioisotópica, no setor de radioisótopos;

IV - industrial, no setor industrial;

V - de medicina nuclear.

Diante da questão relacionada ao exercício funcional, deve-se ter em mente o que acontecia na realidade, buscando-se, assim, o correto enquadramento do fato à norma.

E, como o contrato de trabalho é o contrato realidade por excelência, incumbia à reclamante demonstrar que, de fato, exerceu o cargo de técnica em radiologia e não de biomédica, tarefa da qual se desincumbiu, a teor do quanto elencado nos artigos [818](#) da [CLT](#) e [373, I](#), do [CPC-2015](#).

Com efeito, verifica-se que os depoimentos das testemunhas que conduziu na sessão retratada às fls. 347/350 foram convincentes a comprovar a tese obreira, conforme os excertos abaixo, não infirmados pela testemunha adversa que, embora tenha negado a realização de tomografia pela autora, admitiu que a formação como biomédica permite a realização de tal exame, narrando, outrossim, circunstância fática sequer deduzida em defesa, no sentido de ter a reclamada *"uma pessoa na função de técnico de apoio que realizava a cobertura de técnico de radiologia em situações como atrasos, faltas e folgas;"*. Assim, prevalecem os depoimentos das testemunhas da parte autora.

Primeira testemunha da reclamante:

"[...] que sempre trabalhou com a reclamante tendo contato diário com a reclamante; que o depoente fazia manutenção dos aparelhos; que a reclamante operava aparelhos de cintilografia e tomografia;"
Segunda testemunha da reclamante:

"[...] que a reclamante operava gama câmara, onde é feito o exame de cintilografia, tomógrafo e gerador de tecnésio onde são manipulados os materiais radioativos injetáveis; que na maior das vezes o técnico em radiologia operava o tomógrafo e a reclamante saía do seu setor e o cobria em outras ocasiões; que a reclamante operava o tomógrafo 2 ou três vezes por semana; que o tomógrafo emite radiação X; que a reclamada tinha 1 técnico de radiologia no período da manhã; que às vezes a reclamante fazia 2 ou 3 exames por semana e outras vezes mais do que isso utilizando o tomógrafo; que há 1 tomógrafo na unidade; que a reclamante cobria o técnico em razão da jornada deste ser de 4 horas e às vezes o horário não coincidir com o exame;"

As provas consubstanciadas nos autos, detidamente analisadas nos termos dos fundamentos acima esposados, evidenciam a atuação da autora nos *misteres* do técnico em radiologia, nos termos legais. Nessa senda, de rigor a retificação do pronunciamento de primeiro grau para o fim de reconhecer o enquadramento funcional da demandante como técnica em radiologia, aplicando-se as disposições da Lei nº [7.394](#) de 29/10/85. Em consequência, restam devidas como extras as horas trabalhadas excedentes à 24^a hora semanal (artigo 24), enriquecidas com o adicional normativo de 90%, na conformidade dos instrumentos coletivos de fls. 80/157 e já observado pela ré (v., por exemplo, fls. 288), e reflexos em descansos semanais remunerados, férias acrescidas do terço constitucional, 13^o salários e depósitos do FGTS.

Devidos os reflexos em aviso prévio, férias proporcionais + 1/3, décimo terceiro proporcional e FGTS + 40% (verbas rescisórias).

As horas extraordinárias deverão ser apuradas com base nas jornadas consignadas nos controles de jornada trazidos à colação (fls. 237/264), com utilização do divisor 120.

Por fim, quanto ao intervalo intrajornada, não se verificam nos cartões de ponto o respectivo lançamento, nem mesmo por meio da pré-assinalação, direcionando à ré o ônus probatório, porquanto não compete à demandante a prova de fato negativo.

Considerada a valoração da prova procedida por este Relator, conforme alhures fundamentado, não remanesce a declaração da

testemunha patronal no sentido de que a autora usufruía tal interregno, eis que infirmada pelas adversas.

Assim, tendo a reclamante admitido que *"registrava corretamente os horário de entrada e saída e os intervalos; que quando não usufruía intervalo não registrava;"*e, retratada tal assertiva nos controles (v., por exemplo, fls. 247/248, quando lançados inúmeros intervalos), restam devidas, nos termos e limites do pedido (v. fls. 12), as horas extras derivantes do intervalo intrajornada, limitado a quinze minutos, exceto para os meses de fevereiro e abril de 2015, quando ultrapassada a jornada diária de seis horas, sendo devida uma hora, com os reflexos acima definidos.

Resta autorizada a dedução das horas extras pagas constantes dos recibos de pagamento já anexados aos autos.

Incidirão correção monetária, na forma da Súmula nº 381 do C. TST, juros de mora (1%) ao mês, contados da distribuição da ação.

Recolhimentos previdenciários e fiscais, nos termos da legislação vigente quando da disponibilização do crédito.

[1]O C. STF em voto da lavra do Excelentíssimo Ministro Moreira Alves já decidiu que "Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, sera essa lei retroativa (retroatividade minima) porque vai interferir na causa, que e um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. [50](#), [XXXVI](#) da [CF](#) se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distincão entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. Ocorrencia, no caso, de violacao de direito adquirido" (JSTF - Lex 168/70)

[2]Neste sentido o Enunciado 1, da Comissão 7, da 2ª Jornada de Direito Processual e Material do Trabalho (em outras publicações, tal enunciado recebe o número 98).

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em, por unanimidade de votos, CONHECER do Recurso Ordinário interposto pela reclamante e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para, reformando a r. sentença de primeiro grau, julgar a ação PROCEDENTE EM PARTE e condenar a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas aquelas excedentes à 24ª hora semanal, bem como aquelas derivantes do intervalo intrajornada, com adicional normativo de 90% e reflexos em descansos semanais remunerados, férias acrescidas do terço constitucional, 13º salários e depósitos do FGTS, acrescidas de juros e correção monetária, observados os recolhimentos previdenciários e fiscais e a autorização da dedução dos valores pagos sob os mesmos títulos, tudo nos termos e parâmetros da fundamentação do voto do Relator. Arbitra-se à condenação o valor de R\$ 40.000,00, importando as custas em R\$ 800,00 a cargo da reclamada. Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros.

Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Paulo Sérgio Jakutis, Maria Isabel Cueva Moraes e Lycanthia Carolina Ramage

Relator: Paulo Sérgio Jakutis

Presente o (a) representante do Ministério Público do Trabalho

ASSINATURA
Firmado por Assinatura Digital (Lei nº 11.419/06)

PAULO SÉRGIO JAKUTIS

Juiz Federal do Trabalho

12 - 07/2018-PSJ
VOTOS