



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

A C Ó R D ã O
6ª Turma
KA/cb/rm

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS N°S 13.015/2014 E 13.467/2017 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 40 DO TST. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI.

1 - Agravo de instrumento a que se dá provimento ante uma provável ofensa ao art. 11, § 2º, da Lei n° 7.394/85.

2 - Agravo de instrumento a que se dá provimento.

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS N°S 13.015/2014 E 13.467/2017 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 40 DO TST. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI.

1 - O art. 2º da Lei 7.394/1985 dispõe que o exercício da profissão de técnico em radiologia só pode ser realizado por portador de certificado de conclusão de nível médio e que possuir formação profissional mínima de nível técnico em radiologia ou possuir diploma expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal.

2 - O TRT consignou que a reclamante não comprovou que satisfazia esses requisitos, embora tenha desempenhado a função por mais de 15 anos e tenha participado de cursos e treinamentos relacionados às atividades exercidas.

3 - A jurisprudência pacífica do TST é no sentido de que a falta de qualificação profissional exigida em lei impede o enquadramento e a anotação na CTPS, mas não obsta o pagamento dos direitos trabalhistas inerentes ao cargo efetivamente exercido, pois não pode haver o trabalho sem a remuneração



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

correspondente às atividades desempenhadas. Entendimento contrário levaria o empregador a utilizar mão de obra de maneira inadequada, obter lucro e não pagar nada por isso. Há julgados desta Corte Superior inclusive na hipótese específica de técnico de radiologia.

4 - A vedação para o exercício da função de técnico em radiologia, que, se mal cumprida, pode em princípio prejudicar a própria reclamante e mesmo terceiros (clientes do Hospital reclamado), é matéria a ser remetida para a atuação dos órgãos competentes, responsáveis por instar a empregadora a regularizar a situação.

5 - Em conclusão, no caso dos autos são devidas as diferenças salariais pelo desvio de função e o direito à jornada reduzida aplicada aos técnicos de radiologia.

6 - Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS N°S 13.015/2014 E 13.467/2017 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 40 DO TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

No caso, a reclamante não está assistida por seu sindicato de classe, motivo pelo qual não é cabível a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios. Súmula n° 219 do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

HORAS EXTRAS.

O TRT registrou que, embora a reclamada tenha observado instituído o banco de horas por meio de norma coletiva, não cumpriu algumas exigências previstas na própria norma coletiva, tais como concordância por escrito do empregado e fornecimento do demonstrativo de horas



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

destinadas ao banco para conferência do empregado.

O acórdão recorrido é insuscetível de ser reformada, pois, para isso, será necessário o reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, ao teor da Súmula n° 126 do TST.

Recurso de revista de que não se conhece.

INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL DE 100% PREVISTO EM NORMA COLETIVA.

1 - O TRT, com base na prova produzida, concluiu que a reclamante tem direito ao recebimento das horas extras decorrentes do intervalo intrajornada não usufruído ou parcialmente usufruído.

2 - Expôs que a reclamante faz jus ao pagamento de intervalos intrajornada de 15 minutos nas jornadas de 6 horas em que foram respeitados os limites do art. 58, § 1º, da CLT, bem como a intervalos de 1 hora quando não respeitados esses limites. Registrou que em 03 oportunidades por semana havia intervalo de 15 minutos e que a reclamante também tem direito ao pagamento de 1 hora de intervalo quando realizava plantões de 12 horas.

3 - Nesse contexto, a decisão recorrida está em consonância com a Súmula n° 437, I e IV, do TST.

4 - Quanto ao adicional, o TRT consignou que havendo adicional normativo para horas extras, este também é aplicável para os intervalos irregularmente concedidos, salvo expressa disposição em sentido contrário nas normas coletivas.

5 - Não há discussão na decisão recorrida sobre o art. 114 do CC, razão pela qual incide a Súmula n° 297, I, do TST, ante a falta de prequestionamento.

6 - Os arestos colacionados são inespecíficos, pois nenhum trata da



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

específica situação dos autos sobre a previsão em norma coletiva de adicional de horas extras de 100%. Incidência da Súmula n° 296 do TST.

7 - Recurso de revista de que não se conhece.

INTERVALO DA MULHER. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A jurisprudência pacífica do TST (Pleno) é de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Recurso de revista de que não se conhece.

DIFERENÇAS SALARIAIS POR DESVIO DE FUNÇÃO.

1 - O TRT concluiu que são devidas as diferenças salariais, pois ficou caracterizado o desvio de função, visto que a reclamante comprovou o exercício das funções atinentes ao cargo de auxiliar de enfermagem, embora tenha sido contratada como atendente de enfermagem e enquadrada como auxiliar de radiologia.

2 - Quanto à matéria probatória, aplica-se a Súmula n° 126 do TST.

3 - Quanto à matéria de direito, aplica-se a OJ n° 125 da SBDI-1, do TST, de seguinte teor: *“O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988”*.

4 - Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010**, em que são Recorrentes e Recorridos **MARA NÚBIA MARTINS** e **HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO S. A.**



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o acórdão de fls. 624/649, deu provimento parcial aos recursos ordinários da reclamante e do reclamado.

A reclamante e o reclamado interpuseram recursos de revista, às fls. 690/698 e 700/760, respectivamente, com base no art. 896 da CLT.

O juízo primeiro de admissibilidade, às fls. 764/770, negou seguimento ao recurso de revista da reclamante e admitiu o do reclamado.

A reclamante interpôs agravo de instrumento, com base no art. 897, b, da CLT.

Foram apresentadas contrarrazões aos recursos de revista e ao agravo de instrumento.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho porque não se configuraram as hipóteses previstas em lei e no RITST.

É o relatório.

V O T O

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI

O Tribunal Regional, juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista (art. 682, IX, da CLT), denegou-lhe seguimento, adotando os seguintes fundamentos:

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS
Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios / Salário/Diferença
Salarial / Diferenças por Desvio de Função.
Alegação(ões):



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

- violação do(s) art(s). 7º, XXX, da Constituição Federal.
- violação do(s) art(s). 460 e 461, § 1º, da CLT.
- divergência jurisprudencial.

A Turma assim se manifestou em relação ao desvio de função postulado:

(...). Inicialmente, cabe mencionar que a OJ nº 297 da SDI-I do TST impede a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público quanto aos entes da administração direta, autárquica e fundacional, qualidade jurídica que não possui o reclamado, pessoa jurídica de direito privado. Assim, não se verifica impedimento ao reconhecimento de equiparação salarial para os empregados do Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A. A investidura em cargo ou emprego público, só pode ocorrer se antecedida de concurso público (art. 37, II, CF), exceto tocante aos cargos em comissão. Como se vê, a exigência do concurso público não é prevista tão somente para o provimento de cargo público (esfera administrativa), mas inclui também o preenchimento dos empregos públicos, portanto, incluindo toda a Administração Pública Indireta (entidade de economia mista, empresa pública e fundações). **No caso, o pressuposto para o deferimento das diferenças salariais por desvio de função é unicamente o efetivo exercício, pela autora, das atividades inerentes ao cargo em que postulou reenquadramento, em virtude do Princípio da Primazia da Realidade.** O desrespeito da exigência constitucional de prestação de concurso público, em que pese eive de nulidade o contrato, é irregularidade cometida pelo administrador, cujos ônus não se pode imputar ao empregado. Os efeitos da relação laboral que foi estabelecida entre as partes não podem ser desconstituídos, pois não se pode deixar sem contraprestação o trabalho que foi produzido, chancelando o enriquecimento ilícito do ente estatal. Assim, ante a impossibilidade fática de devolverem-se as partes ao status quo ante, adota-se o princípio da não-retroação das nulidades, reconhecendo-se os direitos decorrentes do pacto laboral, ainda que inviável o reconhecimento do reenquadramento da autora na função.

Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 125 da SDI-I do TST, verbis: OJ nº 125. DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA. O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/88.

Na petição inicial (fls. 04/05) a reclamante afirma que está enquadrada como auxiliar de radiologia, mas a reclamada lhe imputa tarefas afetas ao cargo de técnico em radiologia, como manuseio de aparelho portátil, acionar aparelhos de raio em salas de exames, aparelhos de imagem em leitos pediátricos. Argumenta que a reclamada possui tabela de cargos e salários com remuneração superior aos técnicos em radiologia, entendendo devidas daí diferenças salariais, apontando que essa tabela consta em editais de processos seletivos. **Também afirma que exercia as mesmas atividades que os auxiliares de enfermagem, embora percebesse remuneração inferior, postulando o pagamento de diferenças salariais.** Alternativamente, requereu o pagamento de um acréscimo salarial, por ofensa ao princípio da isonomia. Com a inicial, comprova ter sido admitida como "atend. de enfermagem", em 03/04/1989 (CTPS - fl. 13) e apresenta "tabela de cargos e salários básicos" (fls. 14/22), extraída do "sistema de pessoal". A ré, em sua defesa, observa (fl. 41) que a reclamante foi reclassificada para auxiliar de radiologia em 01/07/1994, exercendo essa função até hoje, reconhecendo que a reclamante sempre trabalhou no setor de radiologia (fl. 62), discorrendo acerca dos requisitos necessários ao exercício da função de técnico



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

de radiologia (fl. 63) e observando que o auxiliar, como a reclamante, desempenhava as seguintes tarefas: "auxiliar os técnicos de radiologia nas salas; preparar o material e pacientes para exames e procedimentos; executar outras tarefas correlatas" (fl. 63). Diz que não se organiza em quadro de carreira e nem possui PCS homologado pelo MTE, tratando-se os documentos trazidos com a inicial de documentos internos que sequer descrevem conteúdo ocupacional de cada cargo (fl. 64). Em seu depoimento pessoal, a reclamante afirmou (fl. 242): "possui as seguintes atividades: revela filmes, transporta pacientes, posiciona pacientes, aplica contraste nos pacientes, às vezes auxilia o técnico no leito quando contém o paciente, auxilia o técnico de raio X; trabalha tanto em ambiente claro como escuro; sempre teve as mesmas atividades desde admissão." O preposto da reclamada, em seu depoimento, disse (fl. 242): "a reclamada possui uma tabela de cargos e salários, a qual é vinculada aos editais de concurso; o auxiliar de raio X auxilia a posicionar o paciente para a realização do raio X, bem como faz a colocação do paciente na maca para fazer o exame, enquanto o auxiliar de enfermagem faz o transporte do paciente do leito para a sala de raio X, ministra medicamentos, ministra oxigênio se preciso; o técnico de radiologia faz o exame de raio X, bem como administra o contraste nos pacientes, e o auxiliar de enfermagem não administra contraste e também não faz a revelação do exame, pois é atribuição do técnico." **A testemunha Mauro Sérgio Dias da Silva, convidada pela reclamante, disse (fls. 242/242v): trabalhou para a ré de outubro de 2001 como auxiliar de enfermagem, vinculado ao setor de radiologia**, tendo para atribuições fazer o transporte do paciente do leito até o setor de radiologia, ministrar medicamentos ao paciente durante o exame se for necessário, administração de contrastes para realizar o exame de raio X, posicionar o paciente durante o exame do raio X e revelação dos filmes do raio X; a reclamante é auxiliar de radiologia; já ocorreu, durante o exame, do depoente e a reclamante trabalharem juntos, sendo que nestes casos **a reclamante fez o mesmo que o depoente**, inclusive revelação de filmes; o técnico de radiologia faz as mesmas atividades do depoente e da reclamante; até alguns meses atrás, com a troca de um aparelho, o auxiliar de enfermagem e o auxiliar de radiologia também acionavam o aparelho de raios, ou seja, todos se revezam nas mesmas atividades; os auxiliares de radiologia também trocam os curativos, ministram oxigênio e outros medicamentos aos pacientes que vão fazer os exames de raio X; o depoente, como auxiliar de enfermagem, também faz o cuidado e a higienização do paciente, assim como a reclamante já fez tais atividades, mas não dar banho, mas se durante o exame o paciente urina ou defeca, a reclamante ajudava o depoente na troca de fralda, por exemplo. De plano se ressalta que o fato de a reclamante ter confessado que desde a sua admissão vem desempenhando as mesmas atividades não prejudica seu pedido, pois ela não o fundamenta em suposto acúmulo de funções (para o qual importaria apreciar a base fática contratual), mas sim em desvio de função. **É incontroverso que a reclamante foi admitida para o cargo de "atendente de enfermagem", tendo sido reenquadrada como "auxiliar de radiologia" em 1994.** De outro lado, embora a reclamada não possua quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é incontroverso que "a reclamada possui uma tabela de cargos e salários, a qual é vinculada aos editais de concurso", nas exatas palavras do preposto da ré que assim se manifestou em seu depoimento pessoal. Se é certo que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da Constituição da República), segue-se que a remuneração paga a quem ocupa cargo ou emprego público está vinculada ao cargo ou emprego para o qual foi admitido. E para tanto serve o Plano de Cargos e Salários



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

juntado com a inicial (fls. 14/22). Vale dizer, é com base naquele Plano de Cargos e Salários que a reclamada discrimina seus trabalhadores e os enquadra em cada função para fins de remunerá-los de acordo com ela. Daí se conclui que esse Plano de Cargos e Salários faz as vezes de quadro de carreira para fins de enquadramento em função e correspondente remuneração. Entretanto, entende-se que a função de técnico em radiologia somente pode ser exercida por quem detiver qualificação profissional específica, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 7.394/85, tratando-se de profissão regulamentada por lei, que exige um maior nível de instrução e qualificação, ainda mais se tratando de uma área tão sensível como é a área de saúde. **Assim, e também considerando a experiência em julgamento de ações similares à presente, há uma diferença de atribuições entre o trabalho de um auxiliar e de um técnico de radiologia, o qual exige habilitação específica, não tendo a reclamante comprovado satisfazer esse requisito. Contudo, a prova produzida demonstra que a reclamante efetivamente desempenhava atividades idênticas às da testemunha, que era auxiliar de enfermagem e, por isso, era mais bem remunerada do que a autora, que era auxiliar de radiologia. Chama a atenção a nomenclatura do cargo para o qual a reclamante foi inicialmente contratada (atendente de enfermagem), tendo passado a auxiliar de radiologia por reenquadramento em 1994.**

Desse modo, a reclamante faz jus ao pagamento de diferenças salariais por desvio de função, já que realizava as mesmas funções que auxiliar de enfermagem e recebia remuneração de auxiliar de radiologia.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças entre o seu valor básico e o da função de auxiliar de enfermagem, com reflexos em horas extras, férias, gratificação natalina, repousos semanais remunerados e FGTS. Grifei. (Relator: Francisco Rossal de Araújo).

Inferre-se da transcrição do acórdão que a controvérsia foi decidida com base nos elementos de prova contidos nos autos. Assim, a admissibilidade do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 126 do TST, segundo a qual a discussão dos fatos e das provas finda nesta instância trabalhista, restando prejudicada a análise das alegações atinentes à matéria.

A reclamante, nas razões de agravo de instrumento, alega que o TRT, ao indeferir o pedido de diferenças salariais por desvio de função com os técnicos em radiologia, violou os arts. 11, § 2º, da Lei nº 7.394/85, 460, 461, § 1º, da CLT, e 7º, XXX, da CF/88. Argumenta que tem direito à jornada reduzida, pois ficou comprovada sua condição de auxiliar de radiologia e que trabalhava em câmaras claras e escuras. Assevera que laborava no setor de radiologia, em meio a auxiliares de enfermagem e técnicos de radiologia, tendo a prova testemunhal confirmado que, apesar da nomenclatura diversa, as funções eram as mesmas, contudo, os auxiliares de radiologia tinham menores salários. Diz que a prova oral demonstrou que a recorrente, auxiliar de radiologia, desempenhava as



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

mesmas funções que os auxiliares de enfermagem e técnicos em radiologia. Sustenta que foram violados os arts. 11, § 2º, da Lei nº 7.385/85, 460 e 461, § 1º, da CLT, e 7º, XXX, da CF/88.

Ao exame.

O art. 2º da Lei 7.394/1985 dispõe que o exercício da profissão de técnico em radiologia só pode ser realizado por portador de certificado de conclusão de nível médio e que possuir formação profissional mínima de nível técnico em radiologia ou possuir diploma expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal.

O TRT consignou que a reclamante não comprovou que satisfazia esses requisitos, embora tenha desempenhado a função por mais de 15 anos e tenha participado de cursos e treinamentos relacionados às atividades exercidas.

A jurisprudência pacífica do TST é no sentido de que a falta de qualificação profissional exigida em lei impede o enquadramento e a anotação na CTPS, mas não obsta o pagamento dos direitos trabalhistas inerentes ao cargo efetivamente exercido, pois não pode haver o trabalho sem a remuneração correspondente às atividades desempenhadas. Entendimento contrário levaria o empregador a utilizar mão de obra de maneira inadequada, obter lucro e não pagar nada por isso.

A vedação para o exercício da função de técnico em radiologia, que, se mal cumprida, pode em princípio prejudicar a própria reclamante e mesmo terceiros (clientes do Hospital reclamado), é matéria a ser remetida para a atuação dos órgãos competentes, responsáveis por instar a empregadora a regularizar a situação.

Em conclusão, no caso dos autos são devidas as diferenças salariais pelo desvio de função e o direito à jornada reduzida aplicada aos técnicos de radiologia.

Há julgados desta Corte Superior inclusive na hipótese específica de técnico de radiologia:

RECURSO DE REVISTA. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. DESVIO DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI. RETIFICAÇÃO DA CTPS INDEVIDA.

No caso, o Regional decidiu a controvérsia acerca do reenquadramento do autor na função de operador de Raio-X, ao fundamento de que as provas dos autos evidenciavam o efetivo exercício das atividades descritas na Lei nº 7.394/1985, que regulamenta a profissão de Técnico em Radiologia, mesmo sem a comprovação de



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

habilitação em curso profissionalizante. Nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.394/1985, exige-se como condições para o exercício da atividade de Técnico de Radiologia o porte de certificado de conclusão de curso de nível médio em radiologia e de diploma comprovando a habilitação profissional, expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal. Considerando que a atividade de Técnico de Radiologia consiste em profissão regulamentada, prevista em lei de caráter nacional, torna-se inviável o reenquadramento do autor na função de operador de Raio-X, e, conseqüentemente, a ratificação da CTPS, nos termos deferidos pelo Regional, uma vez que ficou comprovada a inexistência de formação profissional para tanto. Recurso de revista conhecido e provido. **TÉCNICO DE RADIOLOGIA. OPERADOR DE RAIOS-X. A AUSÊNCIA DE DIPLOMA NÃO AFASTA O DIREITO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.** A jurisprudência prevalecente nesta Corte superior, com fundamento na teoria jurtrabalhista das nulidades, tem entendido que o exercício da função de Operador de Raios-x, mesmo sem a habilitação profissional exigida no artigo 2º da Lei nº 7.394/85, dá ensejo ao pagamento da remuneração estabelecida para a referida categoria profissional, porquanto a mencionada irregularidade não consiste em exercício de trabalho ilícito. Além disso, entende-se que, tendo em vista que, uma vez despendida a força de trabalho pelo empregado, é impossível o retorno das partes ao "status quo ante", sendo necessária a contraprestação pela prestação de serviços, sob pena de enriquecimento sem causa da reclamada. Importante esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida cautelar na ADPF nº 151, assentou que os efeitos do art. 16 da Lei nº 7.394/1985 devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo. Assim, considerando que, no caso dos autos, não há notícia acerca da fixação de nova base de cálculo, distinta da prevista no artigo 16 da Lei nº 7.394/85, e desvinculada do salário mínimo, não há falar em ofensa à literalidade do artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, nem em desrespeito ao julgamento proferido na ADPF nº 151. Divergência jurisprudencial não caracterizada, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 e da Súmula nº 296, item I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1911-52.2011.5.15.0088 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/05/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015)

"RECURSO DE REVISTA. 1. TRABALHADOR QUE EXECUTA ATIVIDADES ESPECÍFICAS DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO E HABILITAÇÃO PROFISSIONAL. JORNADA REDUZIDA. 1.1. A Lei nº 7.394/85 estabelece condições específicas para o exercício da profissão de técnico em radiologia, dentre as quais está a exigência de formação e habilitação profissional. 1.2. Não obstante a existência de tais requisitos, indene de dúvidas que no Direito do Trabalho prevalece o princípio da primazia da realidade, onde os fatos apurados nos autos se sobrepõem ao aspecto formal do contrato. Dessa forma, o enquadramento legal se estabelece pelas atividades efetivamente desenvolvidas. 1.3. De outra face, no âmbito trabalhista viceja teoria específica das nulidades, a qual prima pela irretroatividade da nulidade decretada, uma vez que, havendo o dispêndio de energia mental ou física pelo empregado, não há como restituí-la, tornando-se impossível o retorno das partes ao 'status quo ante'. 1.4. Nessa esteira, desempenhadas as atividades típicas da função de técnico em radiologia, somado à premissa de que o exercício irregular dessa profissão não constitui objeto ilícito, inafastável o reconhecimento do contrato



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

realidade. Recurso de revista conhecido e desprovido." (RR-900-74.2009.5.15.0082, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. **DIFERENÇAS SALARIAIS. TÉCNICO EM RADIOLOGIA.** Exercendo o reclamante atividades inerentes aos técnicos em radiologia portadores de diploma a eles deve ser equiparado. Arestos inservíveis ao confronto, nos termos da alínea -a do art. 896 da CLT e da Súmula 337, I, -a-, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido." (AIRR-137700-94.2009.5.15.0087, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2012).

"RECURSO DE REVISTA. **TÉCNICO EM RADIOLOGIA. EQUIPARAÇÃO. HORAS EXTRAS.** Debate-se, no caso, se a reclamante faz jus à jornada de trabalho dos técnicos em radiologia, porquanto, apesar de exercer as funções específicas da categoria, não tinha a formação profissional prevista no art. 2º da Lei nº 7.394/85. Prevalece na Justiça do Trabalho o princípio da primazia da realidade. Ademais, esta Corte tem se posicionado no sentido de que a ausência de diploma de habilitação profissional não impossibilita o pagamento de diferenças salariais. Assim, exercendo a reclamante atividades inerentes aos técnicos em radiologia portadores de diploma a eles deve ser equiparada. Recurso de revista de que não conhece." (RR-254900-14.2008.5.12.0032, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/04/2012)

"RECURSO DE REVISTA. **TÉCNICO EM RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE DIPLOMA. JORNADA REDUZIDA. CONFIGURAÇÃO. HORAS EXTRAS. LEI Nº 7.394/85. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES.** A exegese dos arts. 1º e 11, caput e § 2º, da Lei 7.394/85 leva à conclusão de que a ausência do diploma de habilitação profissional não afeta a pretensão do operador de Raios X, atinente ao reconhecimento da jornada reduzida e própria do técnico em radiologia, prevista no art. 14 da referida lei, sendo-lhe devidas como extraordinárias as horas laboradas após a 24ª semanal. Ressalte-se que, no Direito do Trabalho, distintamente do Direito Civil, vigora, regra geral, uma teoria especial trabalhista de nulidades - excetuando-se a mitigação dada pela construção jurisprudencial desta Corte firmada na Súmula 363/TST, assim como a sua total inaplicabilidade no tocante ao -trabalho ilícito-, como, por exemplo, a exploração do jogo do bicho (OJ 199 da SDI-1) ou o exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP). A par dessas observações, inúmeras são as situações bastante comuns que ensejam a plena aplicação da teoria justrabalhista de nulidades, como o que ocorre em relação ao efetivo exercício da profissão de técnico em radiologia sem a posse de certificado de conclusão do ensino médio e de diploma de habilitação profissional, expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal (art. 2º, I e II, da Lei 7.394/85). Há que se reconhecer que, cumpridas as funções efetivas de técnico em radiologia - e não sendo ilícito o exercício irregular da profissão -, cabe reconhecerem-se os efeitos do contrato realidade, sendo irrelevante, para tais efeitos, que à época da prestação de serviços inexistisse a posse de certificado de conclusão do ensino médio e de diploma de habilitação profissional. Recurso de revista provido." (RR-778551-59.2001.5.02, Ac. 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, in DEJT 5.3.2010)



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

Nesse contexto, ante a provável ofensa ao art. 11, § 2º, da Lei n° 7.394/85, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

1.1. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI

O TRT expendeu a seguinte fundamentação sobre a matéria:

A reclamante recorre (fls. 288v/290v) contra a decisão que indeferiu o pagamento de diferenças salariais por desvio de função." Diz ter sido juntado aos autos tabela de cargos e salários presente em todos os editais da reclamada, na qual se observa que cada salário pago ao trabalhador depende de sua função. Transcreve jurisprudência para dizer que essa tabela é fonte formal de direitos, pois o empregado se vincula á remuneração em razão de suas funções, sendo respeitada internamente - pela reclamada e consta em todos os editais de processo seletivo que promove, entendendo aplicável o que dispõem os arts. 444 e-468, ambos da CLT. Transcreve jurisprudência. Discorre sobre as funções que desempenha, observando que trabalhava no setor de radiologia, entre auxiliares de enfermagem o técnicos em radiologia, tendo-a prova testemunhai confirmado que suas funções eram as mesmas, não obstante a diferença de nomenclatura e de salário. Diz que o preposto da reclamada confessa que a autora deveria apenas posicionar os pacientes nas macas, tendo a prova oral produzida demonstrado que a 'autora, embora fosse auxiliar de radiologia, também desempenhava funções de auxiliares de enfermagem' e técnicos em radiologia. Afirma que revelava filmes, . r administrava medicamentos, contrastes, transportava pacientes e acionava aparelhos de raios-X. Transcreve jurisprudência para dizer que desempenhava as mesmas funções que os auxiliares de enfermagem e os técnicos em radiologia, fazendo jus, ao menos, a um plus salarial a ser fixado. Destaca que, com base na tabela interna da reclamada, a hora dos auxiliares de radiologia em 2005 era de R\$ 4,19 e dos auxiliares de enfermagem R\$ 6,88. Sustenta que até 1994 trabalhava, para a reclamada na função de atendente de enfermagem. A MM. Magistrada a quo indeferiu (fls. 246v/247) o pagamento de diferenças por desvio de função, verificando que a reclamante sempre desempenhou as mesmas funções desde sua admissão.

Inicialmente, cabe mencionar que a OJ n° 297 da SDI-I do TST impede a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público quanto aos entes da administração direta, autárquica e fundacional, qualidade jurídica que não possui o reclamado, pessoa jurídica de direito privado. Assim, não se verifica impedimento ao reconhecimento - de equiparação salarial para os empregados do Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, A investidura



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

em cargo ou emprego público, só pode ocorrer se antecedida de concurso público (art. 37, II, CF), exceto tocante aos cargos em comissão. Como se vê; a exigência do concurso público não é prevista tão somente para o provimento de cargo público (esfera administrativa), mas inclui também o preenchimento dos empregos públicos, portanto, incluindo toda a Administração Pública Indireta (entidade de economia mista, empresa pública e fundações).

No caso, o pressuposto para o deferimento das diferenças salariais por ' desvio de função é unicamente o efetivo exercício, pela autora, das atividades inerentes ao cargo em que postulou reenquadramento, em virtude do Princípio da Primazia da Realidade. O desrespeito da exigência constitucional de prestação de concurso público, em que pese eive de nulidade o contrato, é irregularidade cometida pelo administrador, cujos ônus não se pode imputar ao empregado. Os efeitos da relação laborai que foi estabelecida entre as partes não podem ser desconstituídos, pois não se pode deixar sem contraprestação o trabalho que foi produzido, chancelando o enriquecimento ilícito do ente estatal. Assim, ante a impossibilidade tática de devolverem-se as partes ao status quo ante, adota-se o princípio da não-retroação das nulidades, reconhecendo-se os direitos decorrentes do pacto laborai, ainda que inviável o reconhecimento do reenquadramento da autora na função. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial ri° 125 da.SDI-1 do TST, verbis:

OJ n° 125. DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA.

O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/83.

Na petição inicial (fls. 04/05] a reclamante afirma que está enquadrada como auxiliar de radiologia, n- as a reclamada lhe imputa tarefas afetas ao cargo de técnico em radiologia, como manuseio de aparelho portátil, salas de exames, aparelhos de imagem em que a reclamada possui tabela de cargos e salários com remuneração superior aos técnicos em, radiologia, entendendo devidas dai diferenças salariais, apontando que essa tabela consta em editais de processos seletivos. Também afirma que exercia as mesmas atividades que os auxiliares- de enfermagem, embora percebesse remuneração inferior, postulando o pagamento de diferenças salariais pagamento de um acréscimo salarial, por acionar aparelhos de raio em leitos pediátricos. Argumenta, alternativamente,' requereu o ofensa ao princípio da isonornia.Com a inicial, comprova ter sido admitida como "atend. de enfermagem", em 03/04/1989 (CTPS - f l . 13) e apresenta "tabela de cargos e salários básicos" (fls. 14/22)-, extraída do "sistema de pessoal".

A ré, em sua defesa, observa (fl. 41) que a reclamante foi reclassificada para auxiliar de radiologia em 01/07/1994, exercendo essa função até hoje, reconhecendo que a reclamante sempre trabalhou no setor de radiologia (fl. 62), discorrendo acerca dos requisitos necessários ao exercício da função de técnico de radiologia (fl." 63) e observando que o auxiliar, como a reclamante, desempenhava as seguintes tarefas; auxiliar os técnicos de radiologia nas salas; preparar o material e pacientes para exames e procedimentos; executar outras tarefas correlatas" (fl. 63). Diz que não se organiza em quadro de carreira e nem possui PCS homologado pelo MTE, tratando-se os documentos trazidos com a inicial de documentos internos que sequer descrevem conteúdo ocupacional de cada cargo (fl. 64).

Em seu depoimento pessoal, a reclamante afirmou (fl. 242); "possuía as seguintes atividades: revela filmes, transporta pacientes, posiciona pacientes, aplica contraste nos pacientes, às vezes auxilia o técnico no leito quando contém o



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

paciente, auxilia o técnico de raio X; trabalha tanto I em ambiente claro como escuro; sempre teve as mesmas atividades desde admissão."

O preposto da reclamada, em seu depoimento, disse (fl. 242); a reclamada possui uma tabela de cargos e salários, atual é vinculada aos editais de concurso; o auxiliar de raio X auxilia a posicionar o paciente para a realização do raio X, bem como faz a colocação do paciente na maça para fazer o exame, enquanto o auxiliar de enfermagem faz o transporte do paciente do leito para a sala de raio X, ministra medicamentos, ministra oxigênio se preciso; o técnico de radiologia faz o exame de raio X, bem como auxiliar de enfermagem não administra o contraste nos pacientes, e o administra contraste e também não faz a , revelação do exame, pois é atribuição do técnico.

A testemunha Mauro Sérgio Dias da Silva, convidada pela reclamante, disse (fls. 242|242j)/trabalhou para a ré de outubro de 2001 como auxiliar de enfermagem, vinculado ao setor de radiologia, tendo para atribuições fazer o transporte do paciente do leito até o setor de radiologia, administrar medicamentos ao paciente durante o exame se for necessário, administração de contrastes para realizar o exame de raio X, posicionar o paciente durante o exame do raio X e revelação dos filmes do raio X; a reclamante é auxiliar de radiologia;- já ocorreu, durante o exame, do depoente e a reclamante trabalharem juntos, sendo que nestes casos a reclamante fez o mesmo que o depoente, inclusive revelação de filmes; o técnico de radiologia faz as mesmas atividades do depoente e da reclamante; até alguns meses atrás, com a troca de um aparelho, o auxiliar de enfermagem e o auxiliar de radiologia também acionavam, o aparelho de raios, ou seja, todos se revezam nas mesmas atividades; os auxiliares de radiologia também trocam os curativos, ministram oxigênio e outros medicamentos aos pacientes que vão fazer os exames de raio X o enfermagem/ também faz o cuidado e a higienização do paciente, assim como a reclamante já fez tais atividades, mas não dar banho, mas se durante o exame o paciente urina ou defeca, a reclamante ajudava o depoente na troca de fralda, por exemplo. De plano se ressalta que o fato de a reclamante ter confessado que desde a sua admissão verti desempenhando as mesmas atividades não prejudica seu pedido, pois ela não o fundamenta em suposto acúmulo de funções (para o qual importaria apreciar a base tática contratual), mas sim em desvio de função. É incontroverso que a reclamante foi admitida para o cargo de "atendente de enfermagem", tendo sido reenquadrada como "auxiliar de radiologia" em 1994.

De outro lado, embora a reclamada não possua quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é incontroverso que a reclamada possui uma tabela de cargos e salários, a qual é vinculada aos editais de concurso, nas exatas palavras do preposto da ré que assim se manifestou em seu depoimento pessoal.

Se é certo que a investidura-em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da Constituição da República), segue-se que a remuneração paga a quem ocupa cargo ou emprego público está vinculada ao cargo ou emprego para o qual foi admitido. E para tanto serve o Plano de Cargos e Salários juntado com a inicial (fls. 14/22). Vale dizer, é com base, naquele Plano de Cargos, e Salários que a reclamada discrimina seus trabalhadores e os enquadra em cada função para fins de remunerá-los de acordo com ela. Dai se conclui que esse Plano de Cargos e Salários faz as vezes de quadro de carreira para fins de enquadramento em função e correspondente remuneração.

Entretanto, entende-se que a função de técnico em radiologia somente pode ser exercida por quem detiver qualificação profissional específica, nos termos do



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

art. 2º, II, da Lei nº 7.394/85, tratando-se de profissão regulamentada por lei, que exige um maior nível de instrução e qualificação, ainda mais se tratando de um a área tão sensível como é a área de saúde.

Assim, e também considerar do a experiência em julgamento de ações similares à presente, há uma diferença de atribuições entre o trabalho de um auxiliar e de um técnico de radiologia, o qual exige habilitação i específica, não tendo a reclamante comprovado satisfazer esse requisito.

Contudo, a prova produzida demonstra que a reclamante efetivamente desempenhava atividades idênticas às da testemunha, que era auxiliar de enfermagem e, por isso era mais bem remunerada do que a autora, que era auxiliar de radiologia.

Chama a atenção a nomenclatura do cargo para ò qual a reclamante foi inicialmente contratada (ater dente de enfermagem), tendo passado a .auxiliar de radiologia por reenquadramento em 1994. Desse modo, a reclamante faz jus ao pagamento de diferenças salariais por desvio de função, já que realizava as mesmas funções que auxiliar de enfermagem e recebia remuneração de auxiliar de radiologia.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças entre o seu valor básico e o da função de auxiliar de enfermagem, com reflexos em horas extras, férias, gratificação natalina, repousos semanais remunerados e FGTS.

A reclamante alega que o TRT, ao indeferir o pedido de diferenças salariais por desvio de função com os técnicos em radiologia, violou os arts. 11, § 2º, da Lei nº 7.394/85, 460, 461, § 1º, da CLT, e 7º, XXX, da CF/88. Argumenta que tem direito à jornada reduzida, pois ficou comprovada sua condição de auxiliar de radiologia e que trabalhava em câmaras claras e escuras. Assevera que laborava no setor de radiologia, em meio a auxiliares de enfermagem e técnicos de radiologia, tendo a prova testemunhal confirmado que, apesar da nomenclatura diversa, as funções eram as mesmas, contudo, os auxiliares de radiologia tinham menores salários. Diz que a prova oral demonstrou que a recorrente, auxiliar de radiologia, desempenhava as mesmas funções que os auxiliares de enfermagem e técnicos em radiologia. Sustenta que foram violados os arts. 11, § 2º, da Lei nº 7.385/85, 460 e 461, § 1º, da CLT, e 7º, XXX, da CF/88.

Ao exame.

O art. 2º da Lei 7.394/1985 dispõe que o exercício da profissão de técnico em radiologia só pode ser realizado por portador de certificado de conclusão de nível médio e que possuir formação



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

profissional mínima de nível técnico em radiologia ou possuir diploma expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal.

O TRT consignou que a reclamante não comprovou que satisfazia esses requisitos, embora tenha desempenhado a função por mais de 15 anos e tenha participado de cursos e treinamentos relacionados às atividades exercidas.

A jurisprudência pacífica do TST é no sentido de que a falta de qualificação profissional exigida em lei impede o enquadramento e a anotação na CTPS, mas não obsta o pagamento dos direitos trabalhistas inerentes ao cargo efetivamente exercido, pois não pode haver o trabalho sem a remuneração correspondente às atividades desempenhadas. Entendimento contrário levaria o empregador a utilizar mão de obra de maneira inadequada, obter lucro e não pagar nada por isso.

A vedação para o exercício da função de técnico em radiologia, que, se mal cumprida, pode em princípio prejudicar a própria reclamante e mesmo terceiros (clientes do Hospital reclamado), é matéria a ser remetida para a atuação dos órgãos competentes, responsáveis por instar a empregadora a regularizar a situação.

Em conclusão, no caso dos autos são devidas as diferenças salariais pelo desvio de função e o direito à jornada reduzida aplicada aos técnicos de radiologia.

Há julgados desta Corte Superior inclusive na hipótese específica de técnico de radiologia:

RECURSO DE REVISTA. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. DESVIO DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI. RETIFICAÇÃO DA CTPS INDEVIDA.

No caso, o Regional decidiu a controvérsia acerca do reenquadramento do autor na função de operador de Raio-X, ao fundamento de que as provas dos autos evidenciavam o efetivo exercício das atividades descritas na Lei nº 7.394/1985, que regulamenta a profissão de Técnico em Radiologia, mesmo sem a comprovação de habilitação em curso profissionalizante. Nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.394/1985, exige-se como condições para o exercício da atividade de Técnico de Radiologia o porte de certificado de conclusão de curso de nível médio em radiologia e de diploma comprovando a habilitação profissional, expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal. Considerando que a atividade de Técnico de Radiologia consiste em profissão regulamentada, prevista em lei de caráter nacional, torna-se inviável o reenquadramento do autor na função de operador de Raio-X, e, conseqüentemente, a ratificação da CTPS, nos termos deferidos pelo Regional, uma vez que ficou comprovada a inexistência de formação profissional para tanto. Recurso de revista conhecido e provido. **TÉCNICO DE**



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

RADIOLOGIA. OPERADOR DE RAIOS-X. A AUSÊNCIA DE DIPLOMA NÃO AFASTA O DIREITO ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A jurisprudência prevalecente nesta Corte superior, com fundamento na teoria justrabalhista das nulidades, tem entendido que o exercício da função de Operador de Raios-x, mesmo sem a habilitação profissional exigida no artigo 2º da Lei nº 7.394/85, dá ensejo ao pagamento da remuneração estabelecida para a referida categoria profissional, porquanto a mencionada irregularidade não consiste em exercício de trabalho ilícito. Além disso, entende-se que, tendo em vista que, uma vez despendida a força de trabalho pelo empregado, é impossível o retorno das partes ao "status quo ante", sendo necessária a contraprestação pela prestação de serviços, sob pena de enriquecimento sem causa da reclamada. Importante esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida cautelar na ADPF nº 151, assentou que os efeitos do art. 16 da Lei nº 7.394/1985 devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo. Assim, considerando que, no caso dos autos, não há notícia acerca da fixação de nova base de cálculo, distinta da prevista no artigo 16 da Lei nº 7.394/85, e desvinculada do salário mínimo, não há falar em ofensa à literalidade do artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, nem em desrespeito ao julgamento proferido na ADPF nº 151. Divergência jurisprudencial não caracterizada, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 e da Súmula nº 296, item I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1911-52.2011.5.15.0088 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/05/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015)

"RECURSO DE REVISTA. 1. TRABALHADOR QUE EXECUTA ATIVIDADES ESPECÍFICAS DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO E HABILITAÇÃO PROFISSIONAL. JORNADA REDUZIDA. 1.1. A Lei nº 7.394/85 estabelece condições específicas para o exercício da profissão de técnico em radiologia, dentre as quais está a exigência de formação e habilitação profissional. 1.2. Não obstante a existência de tais requisitos, indene de dúvidas que no Direito do Trabalho prevalece o princípio da primazia da realidade, onde os fatos apurados nos autos se sobrepõem ao aspecto formal do contrato. Dessa forma, o enquadramento legal se estabelece pelas atividades efetivamente desenvolvidas. 1.3. De outra face, no âmbito trabalhista viceja teoria específica das nulidades, a qual prima pela irretroatividade da nulidade decretada, uma vez que, havendo o dispêndio de energia mental ou física pelo empregado, não há como restituí-la, tornando-se impossível o retorno das partes ao 'status quo ante'. 1.4. Nessa esteira, desempenhadas as atividades típicas da função de técnico em radiologia, somado à premissa de que o exercício irregular dessa profissão não constitui objeto ilícito, inafastável o reconhecimento do contrato realidade. Recurso de revista conhecido e desprovido." (RR-900-74.2009.5.15.0082, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. Exercendo o reclamante atividades inerentes aos técnicos em radiologia portadores de diploma a eles deve ser equiparado. Arestos inservíveis ao confronto, nos termos da alínea -a- do art. 896 da CLT e da Súmula 337, I, -a-, do TST. Agravo de instrumento



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

conhecido e não provido." (AIRR-137700-94.2009.5.15.0087, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2012).

"RECURSO DE REVISTA. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. EQUIPARAÇÃO. HORAS EXTRAS. Debate-se, no caso, se a reclamante faz jus à jornada de trabalho dos técnicos em radiologia, porquanto, apesar de exercer as funções específicas da categoria, não tinha a formação profissional prevista no art. 2º da Lei nº 7.394/85. Prevalece na Justiça do Trabalho o princípio da primazia da realidade. Ademais, esta Corte tem se posicionado no sentido de que a ausência de diploma de habilitação profissional não impossibilita o pagamento de diferenças salariais. Assim, exercendo a reclamante atividades inerentes aos técnicos em radiologia portadores de diploma a eles deve ser equiparada. Recurso de revista de que não conhece." (RR-254900-14.2008.5.12.0032, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/04/2012)

"RECURSO DE REVISTA. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE DIPLOMA. JORNADA REDUZIDA. CONFIGURAÇÃO. HORAS EXTRAS. LEI Nº 7.394/85. TEORIA ESPECIAL TRABALHISTA DE NULIDADES. A exegese dos arts. 1º e 11, caput e § 2º, da Lei 7.394/85 leva à conclusão de que a ausência do diploma de habilitação profissional não afeta a pretensão do operador de Raios X, atinente ao reconhecimento da jornada reduzida e própria do técnico em radiologia, prevista no art. 14 da referida lei, sendo-lhe devidas como extraordinárias as horas laboradas após a 24ª semanal. Ressalte-se que, no Direito do Trabalho, distintamente do Direito Civil, vigora, regra geral, uma teoria especial trabalhista de nulidades - excetuando-se a mitigação dada pela construção jurisprudencial desta Corte firmada na Súmula 363/TST, assim como a sua total inaplicabilidade no tocante ao -trabalho ilícito-, como, por exemplo, a exploração do jogo do bicho (OJ 199 da SDI-1) ou o exercício ilegal de medicina (art. 282 do CP). A par dessas observações, inúmeras são as situações bastante comuns que ensejam a plena aplicação da teoria justrabalhista de nulidades, como o que ocorre em relação ao efetivo exercício da profissão de técnico em radiologia sem a posse de certificado de conclusão do ensino médio e de diploma de habilitação profissional, expedido por Escola Técnica de Radiologia, registrado no órgão federal (art. 2º, I e II, da Lei 7.394/85). Há que se reconhecer que, cumpridas as funções efetivas de técnico em radiologia - e não sendo ilícito o exercício irregular da profissão -, cabe reconhecerem-se os efeitos do contrato realidade, sendo irrelevante, para tais efeitos, que à época da prestação de serviços inexistisse a posse de certificado de conclusão do ensino médio e de diploma de habilitação profissional. Recurso de revista provido." (RR-778551-59.2001.5.02, Ac. 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, in DEJT 5.3.2010)

Nesse contexto, conheço do recurso de revista, por violação do art. 11, § 2º, da lei nº 7.394/85.

2. MÉRITO

2.1. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

Conhecido o recurso de revista, por violação do art. 11, § 2º, da Lei nº 7.394/85, dou-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças salariais, decorrentes do desvio de função, entre o valor do salário da reclamante pelo exercício da função de auxiliar de radiologia e o valor do salário ao empregado que exerce a função de técnico de radiologia e reflexos, determinando, ainda, a observância da jornada reduzida aplicada aos técnicos em radiologia, com o pagamento de horas extras após a jornada reduzida (autorizada a compensação). Oficie-se o Ministério Público do Trabalho para a apuração de eventuais responsabilidades quanto ao exercício de profissão sem a especialização exigida na legislação federal.

III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO

1. CONHECIMENTO

1.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O TRT expendeu a seguinte fundamentação sobre a matéria:

A reclamada recorre (fls. 281/282) contra a decisão que a condenou ao pagamento de honorários advocatícios, entendendo não ter sido satisfeito o art. 14 da Lei nº 5.584/70, não tendo o autor comprovado assistência de advogado credenciado pelo Sindicato. Invoca a Súmula nº 219, I, do TST.

Alternativamente, postula que a base de cálculo dos honorários seja o valor bruto da condenação com exclusão do INSS patronal, nos termos do que dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 18 deste TRT.

A MM. Magistrada a quo condenou (fl. 247) a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação.

A Lei nº 1.060/50 estabelece como único critério para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita a declaração de pobreza do reclamante, a qual foi juntada à fl. 10 dos autos. Frisa-se que, nos termos da Lei nº 7.115/83, a declaração de pobreza, firmada pelo próprio reclamante ou por procurador, presume-se verdadeira. Consequentemente, estando a parte autora ao abrigo da assistência judiciária gratuita, é devido o pagamento de honorários advocatícios.

Consideram-se prequestionados o art. 14 da Lei nº 5.584/70 e as Súmulas 219 e 329 do TST.

O reclamado, nas razões de recurso de revista, alega que a reclamante não tem direito aos honorários advocatícios, pois não está assistida pelo sindicato da categoria. Sustenta que foi violado o



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

art. 14 da Lei n° 5.584/70 e contrariadas as Súmulas n°s 219 e 329 do TST.

Ao exame.

A decisão recorrida está contrária ao que estabelece a Súmula n° 219, I, do TST.

A condenação ao pagamento de honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, deve obedecer ao disposto na Lei n° 5.584/70, e está condicionada ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula n° 219, I, do TST, in verbis:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei n° 5.584/1970). (ex-OJ n° 305da SBDI-I).

Cite-se, por oportuno, o disposto na Súmula n° 329 desta Corte:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n° 219 do Tribunal Superior do Trabalho."

Portanto, é imprescindível que a parte esteja assistida por sindicato da categoria profissional e que comprove que percebe salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou que se encontra em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família.

No caso, a reclamante não está assistida por seu sindicato de classe, motivo pelo qual não é cabível a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, conheço do recurso de revista, porque contrariadas as Súmulas n°s 219, I, e 329 do TST.

1.2. HORAS EXTRAS



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

O TRT expendeu a seguinte fundamentação sobre a matéria:

A reclamada recorre (fls. 267/275) contra a decisão que a condenou ao pagamento de horas extras. Argumenta que o disposto no art. 8º, b, e § 3º, da Lei nº 3.999/61, foi revogado pela Lei nº 7.394/85, especialmente quanto à sua aplicação aos profissionais dessa área, à exceção daqueles que trabalham em câmaras claras e escuras, especificamente, bem como dispõe, em seu art. 11, § 2º, que essa lei é aplicável aos auxiliares de radiologia que trabalham com câmara clara e escura, não fazendo referência aos auxiliares de radiologia que não desempenham essa tarefa.

Diz que o Decreto nº 92.790/86 admitiu, em seu art. 30, a abrangência das normas da legislação específica quanto à jornada de trabalho para os profissionais compreendidos pelo Decreto, não havendo menção expressa ao termo "auxiliares de radiologia", como constava na Lei nº 3.999/61, de onde conclui que o auxiliar de radiologia não faz jus à jornada de 24 horas semanais em face da revogação do art. 14 da Lei nº 7.394/85, sendo aplicável ao autor a jornada do art. 58 da CLT, de 8 horas diárias. Afirma que a reclamante trabalhou como auxiliar de radiologia das 13h às 19h, perfazendo 6 horas diárias e 36 semanais, sendo indevida a jornada definida na sentença, conforme jurisprudência que transcreve. Entende que a autora não faz jus à jornada de 24 horas semanais ainda que se entendesse aplicável aos auxiliares de radiologia que trabalham em câmara clara ou escura os direitos e garantias dos técnicos em radiologia, pois a Lei nº 7.394/85 não garante essa jornada, mas apenas um salário-mínimo profissional atrelado ao número de horas trabalhadas por semana, suscitando aplicação analógica do que estabelece a Súmula nº 370 do TST.

Ressalta que a reclamante trabalhava revelando imagens como auxiliar de radiologia, não envolvendo operação de aparelhos de radiologia, não trabalhando com câmara clara ou escura, o que afasta dela a incidência da Lei nº 7.394/85. Alternativamente, destaca que a reclamante trabalhava em 6 horas diárias e 36 semanais, "ou seja, percebia a 5ª e 6ª horas diárias laboradas, sendo devido somente o adicional sobre as horas excedentes à 24ª semanal em caso de ser mantida a condenação imposta" (fl. 272).

Entende que o divisor deve ser 180, nos termos da jurisprudência que transcreve e do disposto no art. 64 da CLT. Postula a dedução de todos os valores pagos a título de horas extras (OJ nº 415 da SDI-I do TST). Invoca, ainda, a aplicação da Súmula nº 366 do TST e art. 58, § 1º, da CLT.

A reclamante recorre (fls. 286v/287) contra a decisão que indeferiu o pagamento de horas extras assim consideradas as excedentes da 4ª diária, argumentando que a Súmula nº 370 do TST é aplicável a médicos e engenheiros e invocando o disposto no art. 14 da Lei nº 7.394/85 e jurisprudência que transcreve para regular sua situação funcional. Diz que trabalhava em câmara escura, revelando os filmes, ou clara, auxiliando em exames e manejo com o paciente, fazendo jus à jornada de 4 horas diárias, 24 semanais ou 120 mensais. Postula o pagamento de horas extras também em parcelas vincendas, já que trabalha em jornada de 6 horas diárias e 36 semanais.

A MM. Magistrada a quo aplicou (fls. 245/246) à reclamante a jornada fixada na Lei nº 7.394/85 e condenou a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 6ª diária e 24ª semanal.

Na petição inicial (fls. 02/03) a reclamante afirma que mantém carga mensal de 180 horas ou 36 semanais, em jornada de 06 horas, postulando aplicação da



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

jornada de 4 horas diárias e 24 semanais, nos termos do art. 8º, "b", da Lei nº 3.999/61 e art. 14 da Lei nº 7.394/85.

Em seu depoimento pessoal a reclamante afirmou (fl. 242): "também faz plantão de 12 horas, não faz intervalo de 01 hora, mas almoça no refeitório de aproximadamente 30 minutos; usufrui folgas compensatórias; se quiser, pode examinar os créditos e débitos do banco de horas, o que faz em casa."

De acordo com o Plano de Cargos e Salários interno da reclamada (fls. 15/16), ao cargo ocupado pela reclamante (aux. raio "x") corresponde carga horária de 180 horas, e ao de técnico em radiologia de 120 horas. Ao atendente de enfermagem (fl. 18) e ao auxiliar de enfermagem (fl. 15) também correspondem jornadas de 180 horas.

Dispõe o § 2º do artigo 11 da Lei nº 7.394/85, que regula o exercício da profissão de técnico em radiologia e dá outras providências: Os dispositivos desta Lei aplicam-se, no que couber, aos Auxiliares de Radiologia que trabalham com câmara clara e escura.

Já o artigo 14 da mencionada lei estabelece: A jornada de trabalho dos profissionais abrangidos por esta Lei será de 24 (vinte e quatro) horas semanais.

Assim, o enquadramento da reclamante na jornada especial da Lei nº 7.394/85 depende de seu enquadramento na função de auxiliar de radiologia que trabalhe com câmara clara e escura.

Entretanto, conforme definido no tópico 1 da presente decisão, verificou-se que a reclamante desempenhava as mesmas atividades que os auxiliares de enfermagem, não obstante o nome dado a seu cargo e trabalhasse no setor de radiologia.

Tendo sido definido que o salário básico da reclamante deveria ser o de auxiliar de enfermagem, em razão de que desempenhava as mesmas atividades da testemunha que ocupava esse cargo, não se pode, agora, contradizendo a conclusão anterior, enquadrar a autora como auxiliar de radiologia para fins de jornada. Não pode a reclamante beneficiar-se de dois regimes jurídicos distintos, que se aplicam pra duas situações fáticas distintas, pela simples impossibilidade física de que ela experimentasse duas situações fáticas concomitantemente.

Ademais, como visto, o cargo de auxiliar de enfermagem, no qual foi a autora enquadrada, possui carga horária de 180 horas, sendo que o salário básico que lhe foi deferido deve remunerar essa jornada, não se podendo utilizar o salário maior (de auxiliar de enfermagem) para remunerar jornada menor (de auxiliar de radiologia).

Assim, não é aplicável à reclamante a jornada especial da Lei nº 7.394/85.

Entretanto, a autora formulou pedido sucessivo (fl. 06, pedido "b") de pagamento de horas extras excedentes da 6ª diária, 36ª semanal ou 180ª mensal.

Em sua manifestação sobre os documentos que instruíram a defesa, a empregada impugna (fl. 178) os cartões-ponto e os comprovantes de pagamento afirmando que "não há controle de débitos ou créditos referentes ao banco de horas, o que implica em uma aplicação meramente formal", apresentando amostragem de horas extras devidas.

Os cartões-ponto apresentados pela reclamada (fls. 83/113) indicam a realização de jornada das 13h às 19h, com variação de poucos minutos, de segundas a sextas-feiras, bem como plantões de finais de semana ou durante a semana das 07h às 19h (por amostragem, 12/12/2008 - fl. 85v; 26/07/2009 - fl. 89; 27/02/2010 - fl. 92v; 29/01/2011 - fl. 98; 02/03/2012 - fl. 105). Em algumas ocasiões se verifica a ausência de marcação (por exemplo, 14/08/2008, quinta-feira - fl. 83v; 23/08/2008,



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

sábado - fl. 83v) e em outras sequer houve fruição de descanso remunerado (trabalho contínuo em três semanas consecutivas, de 25/08/2008 a 12/09/2009, folgando apenas no feriado de 07/09 - fls. 83v/84).

De acordo com as normas coletivas apresentadas pela reclamada, a adoção de regime de compensação horária (cláusula 38 - fls. 151v/152; cláusula 40ª a 43ª - fls. 162/162v) precisa observar diversos requisitos que a reclamada não comprovou observar, como a concordância por escrito do empregado, o limite semanal de 44 horas, o limite de seis meses para compensar as horas excedentes do limite semanal, o fornecimento mensal ao empregado do saldo do banco de horas, com horas creditadas e debitadas, a obrigatoriedade de fruição de folgas compensatórias quando atingido o limite da jornada mensal contratada, comunicação ao empregado sobre a compensação com antecedência de 72 horas.

Desse modo, conclui-se pela invalidade do regime compensatório praticado pela reclamada, sendo devidas como extras as horas excedentes da 6ª diária e da 36ª semanal.

É inaplicável o item IV da Súmula nº 85 do TST, pois não se trata de regime de compensação semanal, mas de banco de horas.

O divisor é o 180. A base de cálculo, o adicional e os reflexos são os definidos em sentença, observado o tópico 3.1, abaixo.

Aplica-se a Orientação Jurisprudencial nº 415 da SDI-I do TST quanto à dedução das horas extras pagas e a contagem minuto a minuto, nos termos do art. 58, § 1º, da CLT, para fins de apuração das horas extras.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante e dá-se parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para reduzir as horas extras deferidas para apenas aquelas excedentes da 6ª diária e 36ª semanal.

O reclamado alega que *“a Constituição Federal ao estabelecer os critérios para adoção de regime compensatório apenas o condicionou à previsão em convenção coletiva ou acordo, inexistindo qualquer exigência de também haver a necessidade de comunicação prévia ou relatórios mensal; de compensação, nos termos das normas coletivas, visto que a previsão contida no inciso XIII, do art. 75 da CF, ao contemplar que a jornada compensatória será objeto de acordo ou convenção coletiva não traçou qualquer outro requisito para sua validade”* (fls. 720). Diz que a reclamante labora 6 horas diárias e 36 semanais, totalizando uma carga horária mensal de 180h, em regime de compensação especial (banco de horas). Argumenta que o regime de compensação na modalidade banco de horas somente pode ser instituído mediante negociação coletiva, e que, no caso dos autos, há autorização na Convenção Coletiva de Trabalho da adoção desse regime, de acordo com o art. 7º, XIII e XXVI, da CF/88. Assevera que o regime de prorrogação/compensação de jornada também está previsto no contrato de trabalho, de acordo com o disposto nas normas coletivas de sua categoria profissional e na forma do *caput* do art. 59



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

da CLT e da Súmula n° 85 do TST. Sustenta que foram violados os arts. 59 da CLT, 7º, XIII e XXVI, da CF/88.

Ao exame.

O TRT consignou que de acordo com o Plano de Cargos e Salários interno da reclamada, ao cargo ocupado pela reclamante, auxiliar de radiologia, corresponde carga horária de 180 horas, e ao de técnico em radiologia de 120 horas, e, ao atendente de enfermagem e ao auxiliar de enfermagem também correspondem jornadas de 180 horas.

Expôs que o enquadramento da reclamante na jornada especial da Lei n° 7.394/85 depende de seu enquadramento na função de auxiliar de radiologia que trabalhe com câmara clara e escura.

No entanto, ressaltou o TRT que em razão do que foi definido no tópico 1 do acórdão, no qual foi constatado que a reclamante desempenhava as mesmas atividades que os auxiliares de enfermagem, tendo sido, inclusive, definido que o salário básico da reclamante deveria ser o de auxiliar de enfermagem, não se poderia contradizer a conclusão anterior, para enquadrar a reclamante como auxiliar de radiologia para fins de jornada de trabalho, pois esta não pode se beneficiar de dois regimes jurídicos distintos. Assim, o TRT concluiu que não é aplicável à reclamante a jornada especial da Lei n° 7.394/85.

Após, o Tribunal Regional passou a examinar o pedido sucessivo da reclamante de pagamento de horas extras excedentes da 6ª diária, 36ª semanal ou 180ª mensal, registrando as seguintes premissas probatórias:

a) os cartões-ponto apresentados pela reclamada indicam o cumprimento, pela reclamante, de uma jornada das 13h às 19h, com variação de poucos minutos, de segunda a sexta-feira, e de plantões de finais de semana ou durante a semana das 7h às 19h (por amostragem);

b) em algumas ocasiões, não houve marcação de horário, e, em outras, sequer houve fruição de descanso semanal remunerado, pois houve trabalho contínuo em três semanas consecutivas, de 25/08/2008 a 12/09/2009, com folgas apenas no feriado de 07/09;

c) de acordo com as normas coletivas, a adoção de regime de compensação horária precisa observar diversos requisitos que a reclamada não comprovou que foram cumpridos, tais como a concordância



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

por escrito do empregado; o limite semanal de 44 horas; o limite de seis meses para compensar as horas excedentes do limite semanal; o fornecimento mensal ao empregado do saldo do banco de horas; com horas creditadas e debitadas; a obrigatoriedade de fruição de folgas compensatórias quando atingido o limite da jornada mensal contratada; comunicação ao empregado sobre a compensação com antecedência de 72 horas.

Diante dessas irregularidades, o TRT concluiu pela invalidade do regime de compensação praticado pela reclamada e conclui que são devidas, como extras, as horas excedentes da 6ª diária e da 36ª semanal.

Nesse contexto, a decisão recorrida que entendeu pela invalidade do banco de horas não ofende os arts. 7º, XIII e XXVI, da CF/88 e 59 da CLT, pois, de acordo com o TRT, em que pese ter a reclamada observado o requisito formal para sua validade (previsão na norma coletiva), não respeitou os requisitos formais para adoção do referido regime, já que não cumpriu algumas exigências previstas na norma coletiva, tais como concordância por escrito do empregado, fornecimento do demonstrativo de horas destinadas ao banco para conferência do empregado.

Sob o enfoque probatório, o acórdão recorrido é insuscetível de ser reformada, pois, para isso, será necessário o reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, ao teor da Súmula n° 126 do TST.

Sob o enfoque de direito, o acórdão do TRT não ofende os artigos 7º, XIII e XXVI, da CF/88 e 59 da CLT.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

1.3. INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL DE 100% PREVISTO EM NORMA COLETIVA

O Colegiado de origem expôs a seguinte fundamentação sobre a matéria:

A MM. Magistrada a quo condenou (fls. 246/246v) a reclamada ao pagamento de 15 minutos em duas oportunidades por semana e de 60 minutos em 1 oportunidade por semana trabalhada, como extras, com adicional previsto em norma coletiva e, na falta, o legal, com reflexos.



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

Indeferiu o pagamento do intervalo do art. 384 da CLT, entendendo-o não recepcionado pela Constituição Federal vigente.

Na inicial (fl. 03) a reclamante afirma que sua jornada oficial era superior a 4 horas e a 6 horas quando a prorrogava por ordem da reclamada, sem que lhe fossem garantidos intervalos de 15 minutos e 01 hora, respectivamente.

Em seu depoimento pessoal a reclamante afirmou (fl. 242): "não usufrui intervalo, salvo na média de 03 vezes por semana por 15 minutos; também faz plantão de 12 horas, não faz intervalo de 01 hora, mas almoça no refeitório de aproximadamente 30 minutos." O preposto da reclamada disse, em seu depoimento (fl. 242): "a reclamante faz intervalo de 15 minutos em rodízio com os demais colegas; quando a reclamante faz plantão de 12h, faz intervalo de 01 horário." A testemunha Mauro Sérgio, convidada pela reclamante, afirmou (fls. 242/242v): "trabalhou para a ré de outubro de 2001 como auxiliar de enfermagem, vinculado ao setor de radiologia; raramente, usufruía intervalo de 15 minutos, na média de uma vez por semana; acredita que com a reclamante acontecia a mesma coisa; no plantão de 12 horas, o reclamante somente usufrui intervalo de 15 a 20 minutos, o que também acontecia com a reclamante; não existe sala de lanches no setor; não registra os intervalos; registra as entradas no refeitório quando vai almoçar; faz uso do refeitório antes ou depois do expediente." Salvo em raras oportunidades, sempre em plantões de 12 horas, os cartões-ponto (fls. 83/113) não registram a fruição de intervalos, sendo que a pré-assinalação de 15 minutos somente começou a aparecer a partir de jan/2010 (fl. 92).

A confissão da reclamante precisa ser dimensionada: trata-se de uma negativa de fruição de intervalos, salvo em 03 vezes por semana, na média, em que ela reconhece gozar 15 minutos. A referência à jornada de plantões, de 12 horas, é feita em seguida, e para ela há uma menção expressa quanto a intervalos, que seriam de 01 hora, mas que eram gozados em aproximadamente 30 minutos.

Desse modo, conclui-se que a reclamante confessa usufruir regular intervalo intrajornada em 3 oportunidades semanais quando tinha jornada de 06 horas.

De outro lado, confirmando a tese da reclamante, a testemunha Mauro Sérgio afirma que raramente usufruía intervalos de 15 minutos, o que para ele ocorria em média 01 vez por semana, prevalecendo essa informação à pré-assinalação dos cartões-ponto, em nome do princípio da primazia da realidade. Daí se conclui que quanto aos demais dias, além das 3 oportunidades semanais confessadas pela reclamante, o intervalo usufruído era inferior ao estabelecido no art. 71, § 1º, da CLT. A testemunha também confirma a tese da autora quanto à insuficiência do intervalo intrajornada durante os plantões de 12 horas, destacando que usufruía de apenas 15 a 20 minutos, inferior, portanto, ao intervalo preconizado pelo caput do art. 71 da CLT.

Analisando-se os cartões-ponto se verifica que muitas das variações de minutos nas marcações de entrada e saída estão dentro da tolerância estabelecida pelo § 1º do art. 58 da CLT, mas nem todas.

Entende-se que nas oportunidades em que a jornada de trabalho da reclamante não extrapolava os limites do art. 58, § 1º, da CLT, o intervalo devido era de 15 minutos, já que a jornada contratual era de 06 horas - isto é, esse raciocínio não se aplica quando se tratar de plantão de 12 horas.

Quando excedidos tais limites, a jornada não pode ser considerada como de 06 horas, sendo devido o intervalo de 01 hora.

Assim, a reclamante faz jus ao pagamento de intervalos intrajornada de 15 minutos nas jornadas de 06 horas em que respeitados os limites do art. 58, § 1º, da



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

CLT, bem como a intervalos de 01 hora quando não respeitados esses limites, sempre considerando-se que em 03 oportunidades por semana havia intervalo de 15 minutos. A autora também faz jus ao pagamento de 01 hora de intervalo quando realizava plantões de 12 horas.

O adicional aplicável para remunerar esse período é o mesmo a ser utilizado para as horas extras. Isto é, havendo adicional normativo para horas extras, este também é aplicável para os intervalos irregularmente concedidos, salvo expressa disposição em sentido contrário nas normas coletivas.

O reclamado alega, nas razões de recurso de revista, em suma, que "havendo a pré-assinalação dos intervalos intrajornada para repouso e alimentação, cabia à recorrida comprovar que não gozava dos intervalos intrajornada para repouso e alimentação, ônus que não se desincumbiu" (fls. 726). Sustenta, ainda, que é incabível o adicional de 100% previsto em normas coletivas, pois destinado unicamente para o pagamento de horas extras, devendo a norma coletiva ser interpretada restritivamente, na forma do art. 114 do CC. Sustenta que foram violados os arts. 818 da CLT, 333, I, do CPC/73 e 114 do CC. Colaciona arestos.

Ao exame.

O TRT, com base na prova produzida, concluiu que a reclamante tem direito ao recebimento das horas extras decorrentes do intervalo intrajornada não usufruído ou parcialmente usufruído.

Expôs que a reclamante faz jus ao pagamento de intervalos intrajornada de 15 minutos nas jornadas de 6 horas em que foram respeitados os limites do art. 58, § 1º, da CLT, bem como a intervalos de 1 hora quando não respeitados esses limites, sempre considerando-se que em 03 oportunidades por semana havia intervalo de 15 minutos, e que a reclamante também tem direito ao pagamento de 1 hora de intervalo quando realizava plantões de 12 horas.

Nesse contexto, a decisão recorrida está em consonância com a Súmula n° 437, I e IV, do TST, de seguinte teor:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei n° 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

Por meio da Súmula citada, esta Corte Superior pacificou o seu entendimento sobre a matéria a partir da interpretação dos dispositivos e princípios jurídicos pertinentes, sendo aplicável ao caso concreto, que trata de controvérsia similar.

Superados, assim, os arestos colacionados.

Não é viável o conhecimento do recurso de revista por violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC/73, pois a decisão recorrida não está fundamentada na distribuição do ônus da prova, mas na prova produzida.

Quanto ao adicional, o TRT consignou que havendo adicional normativo para horas extras, este também é aplicável para os intervalos irregularmente concedidos, salvo expressa disposição em sentido contrário nas normas coletivas.

Não há discussão na decisão recorrida sobre o art. 114 do CC, razão pela qual incide a Súmula nº 297, I, do TST, ante a falta de prequestionamento.

Os arestos colacionados são inespecíficos, pois nenhum trata da específica situação dos autos sobre a previsão em norma coletiva de adicional de horas extras de 100%. Incidência da Súmula nº 296 do TST.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

1.4. INTERVALO DA MULHER. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O TRT consignou a seguinte fundamentação sobre a matéria:

Quanto ao intervalo do art. 384 da CLT, cabe salientar, inicialmente, a sua inserção no Capítulo III, que trata da proteção do trabalho da mulher. O referido dispositivo legal estabelece que deve ser concedido às trabalhadoras um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho. Este Relator entende que o art.



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

384 da CLT, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, não mais prevalece, tendo em vista que o art. 5º, inciso I, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. Ao preconizar um período de intervalo tão somente às trabalhadoras, a CLT faz uma distinção injustificada sob a nova ótica constitucional.

Contudo, deve-se levar em conta que o TST, em julgamento proferido por seu Tribunal Pleno, por maioria de votos, rejeitou o incidente de inconstitucionalidade IIN-RR - 1540/2005-046-12-00.5 referente ao dispositivo legal mencionado. Segundo o TST, a igualdade jurídica entre homens e mulheres não afasta a natural diferença fisiológica e psicológica dos sexos, devendo ser levada em conta a diferença de compleição física envolvida. Tendo em vista a máxima relativa ao princípio da isonomia de tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, o TST considerou o aludido dispositivo legal compatível com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, também vem se pronunciando este Tribunal: INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. O art. 384 da CLT foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal, fazendo jus a trabalhadora a um intervalo de 15 minutos antes do início da prorrogação da jornada de trabalho. Assim, se reclamante laborou em horário extraordinário e não lhe foi concedido este intervalo, faz jus ao pagamento, como extra, do período correspondente. Precedentes do TST nesse sentido. Sentença reformada, no aspecto. (TRT da 4ª Região, 4a. Turma, 0000264-89.2010.5.04.0661 RO, em 19/05/2011, Desembargador Hugo Carlos Scheuermann - Relator.

Participaram do julgamento: Desembargador Fabiano de Castilhos Bertolucci, Desembargador João Pedro Silvestrin).

(...) INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. A norma institui diferenciação compatível com a constituição biofísica desigual da mulher em relação ao homem, como medida protetiva de sua saúde, bem como considera o fato de ter de exercer dupla jornada de trabalho, tanto no seu emprego quanto no âmbito doméstico e familiar, como dona de casa e mãe. (TRT da 4ª Região, 9a. Turma, 0138000-60.2008.5.04.0002 RO, em 22/04/2010, Juíza Convocada Lucia Ehrenbrink - Relatora.

Participaram do julgamento: Desembargador Cláudio Antônio Cassou Barbosa, Desembargadora Carmen Gonzalez) Por aplicação analógica do art. 71, § 4º, da CLT, a não observância do intervalo de 15 minutos antes do início do labor extraordinário enseja o pagamento do período correspondente como extra.

Desse modo, faz jus a reclamante ao pagamento de 15 minutos como extras com o mesmo adicional, base de cálculo, reflexos e divisor das horas extras, pela não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT.

(...)

O demandado alega que é indevido o intervalo previsto no art. 384 da CLT, pois a Constituição da República não estabeleceu direitos especiais em função do sexo do trabalhador, estando revogado este dispositivo da CLT.

Colaciona arestos.

Ao exame.



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

A atual jurisprudência do TST, a qual acompanho integralmente, estabelece que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Não se trata aqui de discutir a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, mas sim de resguardar a saúde da trabalhadora, diante das condições específicas impostas pela própria natureza.

A mulher não é diferente como força de trabalho, pode desenvolver com habilidade e competência as atividades a que se dispuser ou que lhe sejam impostas. No entanto, o legislador procurou ampará-la, concedendo-lhe algumas prerrogativas voltadas para a proteção da sua fisiologia. É o caso do dispositivo em destaque.

Esse, aliás, o entendimento do Pleno desta Corte:

"MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado." (IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 13/2/2009).

No caso, o Tribunal Regional, ao reconhecer o direito da reclamante ao intervalo de que trata o art. 384 da CLT, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte Superior:

"(...) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA CEF EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. (...) PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PARA DESCANSO. ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Nos termos da jurisprudência desta Corte uniformizadora, o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho foi recepcionado pela Constituição da República. O descumprimento do intervalo previsto no referido artigo não importa mera penalidade administrativa, mas, sim, pagamento do tempo correspondente, nos moldes do artigo 71, § 4º, da CLT, tendo em vista tratar-se de medida de higiene, saúde e segurança da trabalhadora. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece." (RR - 347-40.2011.5.03.0066, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 25/10/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/11/2017);

"(...) II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...) 4 - INTERVALO PARA DESCANSO ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT. No julgamento do incidente de inconstitucionalidade resolvido no processo RR-1540-2005-046-12-00.5, o Pleno desta Corte decidiu pela recepção do art. 384 da CLT pela atual ordem constitucional. Assim, permanecendo em vigor o referido dispositivo legal, resta impositiva a condenação ao pagamento de horas extras pela inobservância do



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

intervalo nele previsto. Recurso de revista não conhecido." (RR - 965-49.2013.5.03.0022, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 25/10/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2017);

"A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. (...) 2. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a disposição contida no artigo 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal. Assim, homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, especialmente no que concerne ao aspecto fisiológico, merecendo, portanto, a mulher um tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras. Por essa razão, faz jus ao intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário. Incidência da Súmula nº 333 do TST." (ARR - 547-21.2016.5.12.0034, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 25/10/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017);

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. (...) INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, em 17/11/2008, decidiu que o art. 384 da CLT fora recepcionado pela Constituição da República. São, assim, devidas horas extras em razão da não concessão do intervalo nele previsto." (RR - 3082-84.2010.5.12.0016, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 25/10/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017);

"(...) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO DE FORMA ADESIVA PELA RECLAMANTE LEI N.º 13.015/2014. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. 1. O Tribunal Pleno desta Corte superior, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, em 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho foi recepcionado pela Constituição da República. 2. Muito embora a Constituição da República de 1988 assegure a homens e mulheres igualdade de direitos e obrigações perante a lei, como consagrado em seu artigo 5º, inciso I, daí não resulta a proibição de que as peculiaridades biológicas e sociais que os caracterizam sejam contempladas na lei. Uma vez evidenciado que a submissão de homens e mulheres a determinadas condições desfavoráveis de trabalho repercute de forma mais gravosa sobre uns do que sobre outros, não apenas se justifica, mas se impõe o tratamento diferenciado, como forma de combater o discrimen. Tal é o entendimento que se extrai do artigo 5º, (2), da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Discriminação no Emprego e Ocupação, ratificada pelo Brasil em 1965. Tem direito, assim, a mulher a 15 minutos de intervalo entre o término da sua jornada contratual e o início do trabalho em sobrejornada. 3. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR - 1570-48.2012.5.09.0091, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 25/10/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO BANCO DO BRASIL. INTERVALO DA MULHER. ARTIGO 384 DA CLT. Discute-se nos autos se o intervalo previsto no art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e, em caso positivo, as consequências de sua não observância. O tema, objeto de acesa controvérsia, veio a ser julgado por esta Corte,



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

em composição plenária, na sessão de 17 de novembro de 2008, que decidiu por rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Conclui-se, dessa maneira, que o art. 384 da CLT permanece em vigor. Com efeito, a manutenção deste indigitado dispositivo decorre não somente de aspecto fisiológico, mas também da desigualdade verificada no âmbito familiar. Em outras palavras, o cancelamento do referido dispositivo somente se justificaria se houvesse, no ordenamento jurídico, outro dispositivo que determinasse que homens e mulheres dividam igualmente os afazeres domésticos. No cenário social brasileiro, em que a mulher continua ocupando a dupla jornada, não há por que eliminar a regra do intervalo intrajornada. Neste sentido caminha a remansosa jurisprudência desta Corte, cumprindo registrar, por fim, que o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 658312, ao qual havia sido reconhecida repercussão geral, corroborou a tese defendida por este Tribunal Superior, de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal. Agravo de Instrumento conhecido e não provido." (ARR - 1660-59.2011.5.09.0651, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 25/10/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017);

(...) II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015. INTERVALO PARA DESCANSO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. HORAS EXTRAS. Nos termos da decisão proferida por esta Corte, em sua composição plena, no julgamento do processo IIN-RR-1540/2005-046-12-00, o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal. Compreensão que foi acolhida pelo Excelso STF no Recurso Extraordinário 658312/SC, julgado sob o regime da repercussão geral. A inobservância do intervalo previsto nesse dispositivo implica o pagamento das horas extras correspondentes ao período, por se tratar de medida de higiene, saúde e segurança das trabalhadoras. Não há imposição legal de um tempo mínimo de sobrejornada para a concessão do intervalo. Recurso de revista conhecido e provido." (ARR - 2380-84.2015.5.09.0651, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 25/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017);

"(...) RECURSO DE REVISTA. (...) INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. O debate relativo ao intervalo previsto no art. 384 da CLT não comporta mais discussão nesta Corte, pois o Pleno, por meio do julgamento do TST-IIN-RR 1.540/2005-046-12-00, ocorrido na sessão do dia 17/11/2008 (DEJT de 13/2/2009), decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. Superada essa questão, as Turmas deste Tribunal têm entendido que a não concessão desse intervalo não constitui mera infração administrativa, devendo ser remunerado como hora extra. Recurso de revista não conhecido." (ARR - 1252-85.2011.5.02.0482, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 18/10/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/10/2017).

Os julgados citados trazem teses que levam em conta situações similares à examinada no caso concreto, demonstrando o entendimento desta Corte Superior sobre a matéria, o qual também deve ser aplicado neste processo.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

1.5. DIFERENÇAS SALARIAIS POR DESVIO DE FUNÇÃO

O TRT consignou a seguinte fundamentação sobre a matéria:

A reclamante recorre (fls. 288v/290v) contra a decisão que indeferiu o pagamento de diferenças salariais por desvio de função. Diz ter sido juntado aos autos tabela de cargos e salários presente em todos os editais da reclamada, na qual se observa que cada salário pago ao trabalhador depende de sua função. Transcreve jurisprudência para dizer que essa tabela é fonte formal de direitos, pois o empregado se vincula à remuneração em razão de suas funções, sendo respeitada internamente pela reclamada e consta em todos os editais de processo seletivo que promove, entendendo aplicável o que dispõem os arts. 444 e 468, ambos da CLT. Transcreve jurisprudência. Discorre sobre as funções que desempenha, observando que trabalhava no setor de radiologia, entre auxiliares de enfermagem e técnicos em radiologia, tendo a prova testemunhal confirmado que suas funções eram as mesmas, não obstante a diferença de nomenclatura e de salário. Diz que o preposto da reclamada confessa que a autora deveria apenas posicionar os pacientes nas macas, tendo a prova oral produzida demonstrado que a autora, embora fosse auxiliar de radiologia, também desempenhava funções de auxiliares de enfermagem e técnicos em radiologia. Afirma que revelava filmes, administrava medicamentos, contrastes, transportava pacientes e acionava aparelhos de raios-X. Transcreve jurisprudência para dizer que desempenhava as mesmas funções que os auxiliares de enfermagem e os técnicos em radiologia, fazendo jus, ao menos, a um plus salarial a ser fixado. Destaca que, com base na tabela interna da reclamada, a hora dos auxiliares de radiologia em 2005 era de R\$ 4,19 e dos auxiliares de enfermagem R\$ 6,88. Sustenta que até 1994 trabalhava para a reclamada na função de atendente de enfermagem.

A MM. Magistrada a quo indeferiu (fls. 246v/247) o pagamento de diferenças por desvio de função, verificando que a reclamante sempre desempenhou as mesmas funções desde sua admissão.

Inicialmente, cabe mencionar que a OJ nº 297 da SDI-I do TST impede a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público quanto aos entes da administração direta, autárquica e fundacional, qualidade jurídica que não possui o reclamado, pessoa jurídica de direito privado. Assim, não se verifica impedimento ao reconhecimento de equiparação salarial para os empregados do Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A.

A investidura em cargo ou emprego público, só pode ocorrer se antecedida de concurso público (art. 37, II, CF), exceto tocante aos cargos em comissão. Como se vê, a exigência do concurso público não é prevista tão somente para o provimento de cargo público (esfera administrativa), mas inclui também o preenchimento dos empregos públicos, portanto, incluindo toda a Administração Pública Indireta (entidade de economia mista, empresa pública e fundações).

No caso, o pressuposto para o deferimento das diferenças salariais por desvio de função é unicamente o efetivo exercício, pela autora, das atividades inerentes ao cargo em que postulou reenquadramento, em virtude do Princípio da Primazia da Realidade. O desrespeito da exigência constitucional de prestação de concurso público, em que pese eive de nulidade o contrato, é irregularidade cometida pelo administrador, cujos ônus não se pode imputar ao empregado. Os efeitos da relação laboral que foi estabelecida entre as partes não podem ser desconstituídos, pois não



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

se pode deixar sem contraprestação o trabalho que foi produzido, chancelando o enriquecimento ilícito do ente estatal.

Assim, ante a impossibilidade fática de devolverem-se as partes ao status quo ante, adota-se o princípio da não-retroação das nulidades, reconhecendo-se os direitos decorrentes do pacto laboral, ainda que inviável o reconhecimento do reenquadramento da autora na função. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 125 da SDI-I do TST, verbis:

OJ nº 125. DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA. O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/88.

Na petição inicial (fls. 04/05) a reclamante afirma que está enquadrada como auxiliar de radiologia, mas a reclamada lhe imputa tarefas afetas ao cargo de técnico em radiologia, como manuseio de aparelho portátil, acionar aparelhos de raio em salas de exames, aparelhos de imagem em leitos pediátricos. Argumenta que a reclamada possui tabela de cargos e salários com remuneração superior aos técnicos em radiologia, entendendo devidas daí diferenças salariais, apontando que essa tabela consta em editais de processos seletivos. Também afirma que exercia as mesmas atividades que os auxiliares de enfermagem, embora percebesse remuneração inferior, postulando o pagamento de diferenças salariais.

Alternativamente, requereu o pagamento de um acréscimo salarial, por ofensa ao princípio da isonomia.

Com a inicial, comprova ter sido admitida como "atend. de enfermagem", em 03/04/1989 (CTPS - fl. 13) e apresenta "tabela de cargos e salários básicos" (fls. 14/22), extraída do "sistema de pessoal".

A ré, em sua defesa, observa (fl. 41) que a reclamante foi reclassificada para auxiliar de radiologia em 01/07/1994, exercendo essa função até hoje, reconhecendo que a reclamante sempre trabalhou no setor de radiologia (fl. 62), discorrendo acerca dos requisitos necessários ao exercício da função de técnico de radiologia (fl. 63) e observando que o auxiliar, como a reclamante, desempenhava as seguintes tarefas: "auxiliar os técnicos de radiologia nas salas; preparar o material e pacientes para exames e procedimentos; executar outras tarefas correlatas" (fl. 63). Diz que não se organiza em quadro de carreira e nem possui PCS homologado pelo MTE, tratando-se os documentos trazidos com a inicial de documentos internos que sequer descrevem conteúdo ocupacional de cada cargo (fl. 64).

Em seu depoimento pessoal, a reclamante afirmou (fl. 242): "possui as seguintes atividades: revela filmes, transporta pacientes, posiciona pacientes, aplica contraste nos pacientes, às vezes auxilia o técnico no leito quando contém o paciente, auxilia o técnico de raio X; trabalha tanto em ambiente claro como escuro; sempre teve as mesmas atividades desde admissão."

O preposto da reclamada, em seu depoimento, disse (fl. 242): "a reclamada possui uma tabela de cargos e salários, a qual é vinculada aos editais de concurso; o auxiliar de raio X auxilia a posicionar o paciente para a realização do raio X, bem como faz a colocação do paciente na maca para fazer o exame, enquanto o auxiliar de enfermagem faz o transporte do paciente do leito para a sala de raio X, ministra medicamentos, ministra oxigênio se preciso; o técnico de radiologia faz o exame de raio X, bem como administra o contraste nos pacientes, e o auxiliar de enfermagem não administra contraste e também não faz a revelação do exame, pois é atribuição do técnico." A testemunha Mauro Sérgio Dias da Silva, convidada pela reclamante, disse (fls. 242/242v): trabalhou para a ré de outubro de 2001 como auxiliar de



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

enfermagem, vinculado ao setor de radiologia, tendo para atribuições fazer o transporte do paciente do leito até o setor de radiologia, administrar medicamentos ao paciente durante o exame se for necessário, administração de contrastes para realizar o exame de raio X, posicionar o paciente durante o exame do raio X e revelação dos filmes do raio X; a reclamante é auxiliar de radiologia; já ocorreu, durante o exame, do depoente e a reclamante trabalharem juntos, sendo que nestes casos a reclamante fez o mesmo que o depoente, inclusive revelação de filmes; o técnico de radiologia faz as mesmas atividades do depoente e da reclamante; até alguns meses atrás, com a troca de um aparelho, o auxiliar de enfermagem e o auxiliar de radiologia também acionavam o aparelho de raios, ou seja, todos se revezam nas mesmas atividades; os auxiliares de radiologia também trocam os curativos, ministram oxigênio e outros medicamentos aos pacientes que vão fazer os exames de raio X; o depoente, como auxiliar de enfermagem, também faz o cuidado e a higienização do paciente, assim como a reclamante já fez tais atividades, mas não dar banho, mas se durante o exame o paciente urina ou defeca, a reclamante ajudava o depoente na troca de fralda, por exemplo.

De plano se ressalta que o fato de a reclamante ter confessado que desde a sua admissão vem desempenhando as mesmas atividades não prejudica seu pedido, pois ela não o fundamenta em suposto acúmulo de funções (para o qual importaria apreciar a base fática contratual), mas sim em desvio de função.

É incontroverso que a reclamante foi admitida para o cargo de "atendente de enfermagem", tendo sido reenquadrada como "auxiliar de radiologia" em 1994.

De outro lado, embora a reclamada não possua quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é incontroverso que "a reclamada possui uma tabela de cargos e salários, a qual é vinculada aos editais de concurso", nas exatas palavras do preposto da ré que assim se manifestou em seu depoimento pessoal.

Se é certo que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da Constituição da República), segue-se que a remuneração paga a quem ocupa cargo ou emprego público está vinculada ao cargo ou emprego para o qual foi admitido. E para tanto serve o Plano de Cargos e Salários juntado com a inicial (fls. 14/22). Vale dizer, é com base naquele Plano de Cargos e Salários que a reclamada discrimina seus trabalhadores e os enquadra em cada função para fins de remunerá-los de acordo com ela. Daí se conclui que esse Plano de Cargos e Salários faz as vezes de quadro de carreira para fins de enquadramento em função e correspondente remuneração.

Entretanto, entende-se que a função de técnico em radiologia somente pode ser exercida por quem detiver qualificação profissional específica, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 7.394/85, tratando-se de profissão regulamentada por lei, que exige um maior nível de instrução e qualificação, ainda mais se tratando de uma área tão sensível como é a área de saúde.

Assim, e também considerando a experiência em julgamento de ações similares à presente, há uma diferença de atribuições entre o trabalho de um auxiliar e de um técnico de radiologia, o qual exige habilitação específica, não tendo a reclamante comprovado satisfazer esse requisito.

Contudo, a prova produzida demonstra que a reclamante efetivamente desempenhava atividades idênticas às da testemunha, que era auxiliar de enfermagem e, por isso, era mais bem remunerada do que a autora, que era auxiliar de radiologia.



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

Chama a atenção a nomenclatura do cargo para o qual a reclamante foi inicialmente contratada (atendente de enfermagem), tendo passado a auxiliar de radiologia por reenquadramento em 1994.

Desse modo, a reclamante faz jus ao pagamento de diferenças salariais por desvio de função, já que realizava as mesmas funções que auxiliar de enfermagem e recebia remuneração de auxiliar de radiologia.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças entre o seu valor básico e o da função de auxiliar de enfermagem, com reflexos em horas extras, férias, gratificação natalina, repousos semanais remunerados e FGTS.

O reclamado alega que, ao contrário do que entendeu o TRT, a reclamante sempre executou tarefas inerentes a sua função de auxiliar de radiologia, logo não desempenhava as mesmas atividades e parâmetros que os auxiliares de enfermagem, sendo descabida a condenação em desvio funcional. Diz que merece reforma a decisão recorrida, pois o Hospital não está organizado em Quadro de Carreira, bem como não possui Plano de Cargos e Salários homologados pelo Ministério do Trabalho, fato que inviabiliza a pretensão da reclamante. Diz que *“ainda que se entendesse de forma diversa, não há possibilidade de condenação do recorrente ao pagamento de diferenças salariais por desvio de função, pois tal implicaria em reconhecimento do novo cargo efetivo, o que encontra óbice na ausência de prestação de concurso público pela recorrida”*. Sustenta que foram violados os arts. 461, § 2º e 818 da CLT, 333, I, do CPC/73 e 37, II, da CF/88.

Ao exame.

O TRT concluiu que são devidas as diferenças salariais, pois ficou caracterizado o desvio de função, visto que a reclamante comprovou o exercício das funções atinentes ao cargo de auxiliar de enfermagem, embora tenha sido contratada como atendente de enfermagem e enquadrada como auxiliar de radiologia.

Foram as seguintes as premissas fático-probatórias que serviram de suporte para o acórdão recorrido:

1) é incontroverso que a reclamante foi admitida para o cargo de "atendente de enfermagem" e enquadrada como "auxiliar de radiologia" em 1994;

2) embora a reclamada não possua quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é incontroverso que



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

possui uma tabela de cargos e salários, a qual é vinculada aos editais de concurso;

3) é com base naquele Plano de Cargos e Salários que a reclamada diferencia seus trabalhadores e os enquadra em cada função para fins de remunerá-los de acordo com ela, o que permitiu a conclusão de que esse Plano de Cargos e Salários faz as vezes de quadro de carreira para fins de enquadramento em função e correspondente remuneração;

4) a função de técnico em radiologia somente pode ser exercida por quem detém qualificação profissional específica, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 7.394/85, tratando-se de profissão regulamentada por lei, que exige um maior nível de instrução e qualificação, ainda mais se tratando de uma área tão sensível como é a área de saúde, razão pela qual há uma diferença de atribuições entre o trabalho de um auxiliar e de um técnico de radiologia, o qual exige habilitação específica, não tendo a reclamante comprovado a satisfação desse requisito;

5) a prova produzida demonstra que a reclamante efetivamente desempenhava atividades idênticas às da testemunha, que era auxiliar de enfermagem e, por isso, era mais bem remunerada do que a demandante, contratada como atendente de enfermagem e enquadrada como auxiliar de radiologia.

Nesse particular, não há como se chegar a conclusão contrária sem o revolvimento dos fatos e da prova, o que é vedado nesta instância extraordinária, ao teor da Súmula nº 126 do TST, cuja incidência afasta a viabilidade do conhecimento do recurso de revista com base na fundamentação jurídica invocada pela parte.

Além do mais, a decisão está em consonância com a OJ nº 125 da SBDI-1, do TST, de seguinte teor:

"DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA (alterado em 13.03.2002)

O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988."

Por meio da OJ citada esta Corte Superior pacificou o seu entendimento sobre a matéria a partir da interpretação dos



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

dispositivos e princípios jurídicos pertinentes, sendo aplicável ao caso concreto, que trata de controvérsia similar.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1001DC34F115A2818D.



PROCESSO Nº TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

2. MÉRITO

2.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conhecido o recurso de revista, porque contrariadas as Súmulas n°s 219, I, e 329 do TST, dou-lhe provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, I - por maioria, vencida a Excelentíssima Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, dar provimento ao agravo de instrumento da reclamante para determinar o processamento do recurso de revista; II - por maioria, vencida a Excelentíssima Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, conhecer do recurso de revista da reclamante quanto ao tema "DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO DE RADIOLOGIA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL QUALIFICADA EXIGIDA EM LEI", por violação do art. 11, § 2º, da Lei n° 7.394/85, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças salariais, decorrentes do desvio de função, entre o valor do salário da reclamante pelo exercício da função de auxiliar de radiologia e o valor do salário ao empregado que exerce a função de técnico de radiologia e reflexos, determinando, ainda, a observância da jornada reduzida aplicada aos técnicos em radiologia, com o pagamento de horas extras após a jornada reduzida (autorizada a compensação); III - por unanimidade, oficiar o Ministério Público do Trabalho para a apuração de eventuais responsabilidades quanto ao exercício de profissão sem a especialização exigida na legislação federal; IV - por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamado apenas quanto ao tema "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS" porque contrariadas as Súmulas n°s 219, I, e 329 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios.

Brasília, 26 de setembro de 2018.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Firmado por assinatura digital em 26/10/2018 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-RR-1122-31.2013.5.04.0010

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1001DC34F115A2818D.