

Reclamante:

Reclamada: ITAL SAUDE SERVICOS MEDICOS ESPECIALIZADOS LTDA

Data e horário do julgamento: 11 de março de 2016 às 17h05min

SENTENÇA

I-RELATÓRIO

, qualificado na petição inicial, interpôs a presente reclamatória trabalhista em face de ITAL SAUDE SERVICOS MEDICOS ESPECIALIZADOS LTDA., alegando que foi contratado pela empresa Serv. Med. Ultrassonográficos e Radiológicos S/C Ltda. para trabalhar na reclamada, tendo o labor se dado de 05.04.2011 a 30.09.2014, sem registro em CTPS, exercendo a função de técnico em radiologia, percebendo ultimamente, como remuneração mensal, o valor de R\$ 2.250,00. Todavia não recebeu corretamente as verbas trabalhistas. Pretende o reconhecimento do vínculo empregatício e a condenação da reclamada nos pedidos descritos na inicial. Juntou procuração e documentos. Atribuiu à causa o valor de R\$ 50.000,00.

Devidamente notificada a reclamada compareceu à audiência, proposta inicial conciliatória rejeitada.

Apresentou defesa escrita, arguiu preliminar e requereu a improcedência.

Em audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos das partes e ouvidas uma testemunha indicada pelo autor e uma indicada pela ré.

Sem outras provas foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Inconciliados.

Em síntese, é o relatório.

II-FUNDAMENTAÇÃO

LEGITIMIDADE PASSIVA

A ilegitimidade deve ser verificada em abstrato, pela simples asserção do autor, conforme as alegações feitas na inicial.

Apontada a reclamada para figurar no polo passivo da presente demanda, como suposta empregadora do demandante, presente a legitimação para a causa.

Assim, rejeito a arguição de ilegitimidade e o pedido de exclusão do feito, mantendo-se a reclamada no polo passivo da demanda.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A parte autora alega que foi admitida, em 05.04.2011, pela empresa Serv Med Ultrassonográficos e Radiológicos S/C Ltda. para trabalhar na reclamada, exercendo as funções de técnico em radiologia, mas não teve sua CTPS anotada, tendo sido estabelecida remuneração de R\$ 2.250,00 mensais.

A reclamada sustenta que tão somente contratou a empresa Serv Med para a prestação de serviços técnicos em exames e diagnósticos por imagem, tendo referida empresa contratado mão de obra especializada para a execução dos serviços. Afirmar a ré que sequer pode dizer se o reclamante fez parte dessa mão de obra contratada pela empresa terceirizada.

Diante da alegação de fato impeditivo ao reconhecimento de vínculo do autor, incumbia à reclamada a prova de suas alegações, ônus do qual não se desincumbiu.

O depoimento pessoal da reclamada vai de encontro à tese defensiva, tendo a preposta afirmado que o reclamante prestava, sim, serviços no local por meio da Serv Med, e que continuou a fazê-lo quando, em 2013, houve rompimento do contrato entre a ré e a Serv Med, tendo uma outra empresa, de nome Adeclin, passado a realizar os serviços de radiologia. Ademais, a preposta disse que os contratados pela terceirizada prestavam serviços exclusivamente à reclamada, em mais uma indicação de que a terceirização dos serviços de radiologia teve intuito de fraudar os direitos dos trabalhadores.

Como se não bastasse, a prova testemunhal corrobora as alegações do autor, já que enquanto a testemunha ouvida a convite da ré disse não saber quem realizava as escalas de trabalho e qual empresa era dona dos aparelhos utilizados no setor radiológico, a testemunha convidada pelo autor afirmou que a enfermeira Mônica (empregada da reclamada, segundo a própria preposta) era quem cuidava das escalas dos técnicos em radiologia e deveria ser avisada em caso de ausências do obreiro, bem como que os aparelhos eram de propriedade do hospital reclamado.

A preposta no depoimento afirmou que outra empresa assumiu o serviço e o autor continuou prestando as mesmas atividades, o que demonstra a pessoalidade e a sujeição do autor a reclamada.

Assim, restando explícita a fraude na contratação do reclamante por meio de empresa terceirizada, declaro a existência de vínculo empregatício entre a parte autora e a reclamada pelo período de 05.04.2011 a 30.09.2014, na função de técnico em radiologia, com remuneração mensal de R\$ 2.234,00, conforme depoimento pessoal do reclamante.

Deverá a parte autora juntar a CTPS, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas a contar do trânsito em julgado da presente decisão. No prazo subsequente de 10 dias, a reclamada deverá proceder às anotações pertinentes ao período do contratual, sob pena de multa diária de R\$ 100,00, no prazo máximo de 30 dias e, após, a Secretaria da Vara deverá suprir a sua inércia, nos termos do art. 39 da CLT.

Caso a parte autora não cumpra o prazo estipulado, não haverá renovação de prazo para fins de incidência da multa, sendo devida apenas a anotação.

No caso das anotações serem realizadas pela Secretaria, não deverá ser utilizado o campo "Anotações Gerais", assim como a utilização de carimbos ou insígnias do Poder Judiciário, devendo a Secretaria preencher tão somente os dados do contrato e, no campo

"Assinatura do Empregador", consignar a denominação do empregador, tão somente. Os registros da anotação efetuada deverão ser certificados nos autos, devendo constar número da CTPS, série, folha da anotação e dados anotados pela Secretaria, sendo fornecido cópia à parte trabalhadora.

A precaução se justifica tendo em vista que as anotações pela Secretaria poderão ser prejudiciais aos trabalhadores, dificultando-lhes a obtenção de nova colocação no mercado de trabalho, considerando que ainda permanece certa restrição à admissão dos trabalhadores que se valeram do Judiciário para tutela de seus direitos.

VERBAS SALARIAIS E RESCISÓRIAS

Relativamente à forma de extinção do contrato de emprego, a continuidade da relação de emprego é princípio que milita em favor do empregado. Cobia ao empregador demonstrar que foi o outro quem deu causa à extinção do contrato, seja mediante manifestação unilateral de vontade (resilição), seja por falta grave (resolução), mister do qual não se desvencilhou.

Não tendo a reclamada apresentado comprovante de pagamento das verbas salariais e rescisórias pretendidas pelo autor, encargo que lhe competia, consoante previsão do art. 464 da CLT, diante do reconhecimento da demissão do autor ocorrida em 30.09.2014 e face a ausência de comprovantes de pagamentos, JULGO PROCEDENTES os pedidos de: aviso prévio indenizado (39 dias); 13º salário proporcional de 2011 (9/12); 13ºs salários integrais de 2012 e 2013; 13º salário proporcional de 2014 (9/12, considerada a projeção do aviso prévio e os limites do pedido); férias vencidas e em dobro, acrescidas do terço constitucionais, dos períodos aquisitivos 2011/2012 e 2012/2013; férias vencidas, acrescidas do terço constitucional, do período aquisitivo 2013/2014; e férias proporcionais, acrescidas do terço constitucional, do período aquisitivo 2014/2015 (7/12, considerada a projeção do aviso prévio).

Deverá a Reclamada comprovar que efetuou os depósitos do FGTS relativos a todo o período trabalhado, acrescidos da indenização de 40%, na conta vinculada do autor, incidente inclusive sobre verbas rescisórias, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado desta decisão, sob pena execução do valor correspondente.

Quanto à multa do artigo 467 da CLT, somente se aplica nos casos em que há pedido de verbas rescisórias em sentido estrito e quando a obrigação de pagar se apresente incontroversa, o que não se enquadra no caso dos autos que a reclamada contesta a obrigação e os valores pleiteados, sendo assim, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de multa do art. 467 da CLT.

Considerando que a reclamada manteve em seu quadro empregado sem registro, determino a expedição de ofício à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, Caixa Econômica Federal, INSS e Receita Federal.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A Lei Federal 7.394, de 29.10.1985, que regula o exercício da profissão de técnico em radiologia, estabelece, em seu artigo 16, que *"O salário mínimo dos profissionais, que executam as técnicas definidas no Art. 1º desta Lei, será equivalente a 2 (dois) salários mínimos profissionais da região, incidindo sobre esses vencimentos 40% (quarenta por cento) de risco de vida e insalubridade."* Não há nos autos prova alguma do pagamento desse adicional, razão pela qual JULGO PROCEDENTE o pedido de adicional de insalubridade no importe de 40% do valor de dois salários mínimos.

HORAS EXTRAS / ADICIONAL NOTURNO

A reclamada impugnou genericamente o pedido de horas extras, fundamentando principalmente na ausência do vínculo empregatício, reconhecido o vínculo, competia a reclamada apresentar os controles de horário, o que não providenciou. Não houve impugnação sequer dos horários indicados na inicial.

A testemunha do autor confirmou os horários da inicial, de trabalho em jornada de 24 horas.

Dessa forma, ausente os cartões de ponto e conforme a prova testemunhal, reconheço válida a jornada indicada na inicial, qual seja, dois dias na semana por 24 horas e um dia jornada de 12 horas, sem intervalo intrajornada (Nesse sentido Sumula 368 do C.TST).

A jornada de 24 horas é extenuante e viola o limite legal de prestação de serviços, assim como a exceção do regime de jornada 12x36. Dessa forma, JULGO PROCEDENTE o pedido de horas extras acima da 12ª diária, dois dias na semana.

O limite de 24 horas semanais previsto no artigo 14 da Lei 7394 foi vetado, conforme Mensagem nº 546 de 29/10/1985, portanto o reclamante não tem direito a jornada acima da 24ª mas sim a jornada acima da 44ª semanal, conforme previsto no artigo 7º da CRFB/88.

Dessa forma, JULGO PROCEDENTE o pedido de horas extras acima da 44ª semanal, considerando a jornada descrita na inicial, iniciava com 12 horas no domingo, 24 horas segunda a terça, 12 horas na quinta, e 12 horas no sábado, portanto, trabalhava 60 horas semanais.

PROCEDENTE o pedido de uma hora extra pela não concessão do intervalo intrajornada.

Considerando que a jornada compreendia horário noturno, PROCEDENTE o pedido de adicional noturno das 22 as 05 horas (no limite do pedido).

Para o cálculos das horas extras devem ser observados os seguintes parâmetros: a **evolução salarial**; a base de cálculo na forma da Súmula 264 do C. TST, inclusive com adicional de insalubridade; evolução salarial; o divisor (220); as horas extras no módulo semanal; os adicionais previstos em lei ou normativos superiores na vigência dos instrumentos coletivos juntados aos autos; os dias efetivamente trabalhados; a média física para as integrações; adicional noturno correspondente.

Pela natureza salarial e habitualidade com que eram prestadas, as horas extras deverão integrar o salário do reclamante, JULGO PROCEDENTE os reflexos das horas extras em DSR (súmula 172, TST), 13º salários (Súmula 45, TST), férias + 1/3, aviso prévio e FGTS e multa de 40%(Súmula 63, TST).

CESTAS BÁSICAS

As Convenções Coletivas de Trabalho da categoria do autor asseguram "*aos Técnicos e Auxiliares de Radiologia os mesmos benefícios constantes de normas coletivas de trabalho aplicáveis para a categoria profissional preponderante nas empresas*". O reclamante juntou, também, as CCTs estabelecidas entre o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Saúde de São Paulo e o Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de São Paulo, as quais preveem o pagamento de valores relativos a cestas básicas, como se vê nas páginas 142, 162, 181, 201 e 222 do PDF. Inexistindo comprovante nos autos de que referidos valores foram regularmente quitados pela ré, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar a reclamada a

pagar o autor os seguintes valores, atualizáveis à época da liquidação, referentes a cestas básicas: R\$ 80,00 no mês de abril de 2011; R\$ 85,20 mensais de maio de 2011 a abril de 2012; R\$ 90,00 mensais de maio de 2012 a abril de 2013; R\$ 99,00 mensais de maio de 2013 a abril de 2014; e R\$ 105,00 mensais de maio a setembro de 2014.

JUSTIÇA GRATUITA

Defiro o pedido de gratuidade processual à parte autora, artigo 790, parágrafo 3º, da CLT, uma vez que há declaração na petição inicial de hipossuficiência econômica e declaração de não possuir meios para quitar as custas processuais sem prejuízo do próprio sustento para demandar sem prejuízo da subsistência própria ou de sua família, consoante Lei 1060/50 e art. 4. da Lei 5584/70. Nesse sentido OJ 331 da SDI-1 do C.TST.

HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Presentes os requisitos da Lei 5.584/70, pois o reclamante é beneficiário da justiça gratuita e encontra-se representado pelo sindicato de classe, JULGO PROCEDENTE os honorários advocatícios no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da condenação, a serem revertidos em favor do Sindicato Assistente. Nesse sentido OJ n. 348 da SDI-I/TST.

No cálculo dos honorários advocatícios devem ser incluídas as contribuições previdenciárias e o imposto de renda a cargo do empregado. A cota previdenciária patronal não integra o crédito do empregado, tratando-se de obrigação tributária do empregador, e que, portanto, não compõe a base de cálculo dos honorários assistenciais

III-DISPOSITIVO

JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido deduzido na inicial para condenar a reclamada ITAL SAUDE SERVICOS MEDICOS ESPECIALIZADOS LTDA. a pagar ao reclamante EDUARDO DA SILVA PEREIRA as verbas deferidas na fundamentação, cujos parâmetros e restrições passam a fazer parte integrante deste dispositivo, a saber:

aviso prévio indenizado (39 dias);

13º salário proporcional de 2011 (9/12);

13ºs salários integrais de 2012 e 2013;

13º salário proporcional de 2014 (9/12, considerada a projeção do aviso prévio e os limites do pedido);

férias vencidas e em dobro, acrescidas do terço constitucional, dos períodos aquisitivos 2011/2012 e 2012/2013;

férias vencidas, acrescidas do terço constitucional, do período aquisitivo 2013/2014;

férias proporcionais, acrescidas do terço constitucional, do período aquisitivo 2014/2015 (7/12, considerada a projeção do aviso prévio);

horas extras acima da 44ª semanal;

- uma hora extra pela não concessão do intervalo intrajornada;
- adicional noturno das 22 as 05 horas (no limite do pedido);
- reflexos das horas extras em DSR (súmula 172, TST), 13º salários (Súmula 45, TST), férias + 1/3, aviso prévio e FGTS e multa de 40%(Súmula 63, TST).

Deverá a Reclamada comprovar que efetuou os depósitos do FGTS relativos a todo o período trabalhado, acrescidos da indenização de 40%, na conta vinculada do autor, incidente inclusive sobre verbas rescisórias, bem como anotar a CTPS do reclamante e fornecer a ele as guias TRCT para levantamento do FGTS, nos prazos, termos e sob as penas da fundamentação.

Expeçam-se os ofícios denunciadores.

Defiro os benefícios da justiça gratuita à parte autora.

Sobre os valores em liquidação de sentença por cálculos incidirão correção monetária do vencimento de cada obrigação, assim entendido o primeiro dia útil do mês subsequente ao trabalho, dado que às situações de mora não se aplica o privilégio do artigo 459, parágrafo único da CLT, consoante Súmula 381 do C.TST.

Independentemente da decisão do E.STF, o artigo 39 da Lei 8177/91

não atende a finalidade da norma que é a atualização do crédito monetário. Isso porque, diante do atual contexto econômico social, não corrige os índices de inflação, haja vista a subversão da prioridade do crédito trabalhista, pois os índices da justiça comum são

maiores daqueles fixados pela justiça do trabalho. Portanto, determino a aplicação do índice IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo-Especial).

Juros de 1% ao mês, "pro rata die" e simples sobre o capital atualizado (art. 883 da CLT), desde a propositura da ação, sobre o principal já corrigido, conforme Lei 8177/1991 (Súmula 200 do C.TST). Sobre os juros não deve haver incidência do imposto de renda, à luz do artigo 46, parágrafo único da lei 8.541. Nesse sentido Orientação Jurisprudencial nº 400, da SBDI-1 do C.TST. Sobre a indenização por dano moral, a atualização monetária ocorrerá a partir da data do arbitramento em sentença (Súmula 439 do C.TST).

Autoriza-se a retenção dos recolhimentos previdenciários cota parte empregado (OJ 363- SDI). Os recolhimentos do empregador devem incluir o SAT, dispensado recolhimento das contribuições de terceiros.

Os valores dos recolhimentos previdenciários serão apurados mês a mês (Súmula 368 III do C.TST), incidindo sobre parcelas de natureza salarial, conforme art. 28 da Lei 8212/1991, pois nada indica que a ré está cadastrada no Simples Nacional. À vista do disposto no parágrafo 3º do artigo 832 da CLT, consigne-se que são parcelas de natureza salarial, exceto os pedidos de dano moral, refeição comercial e multas convencionais.

O imposto de renda deverá ser suportado pela parte autora, beneficiária do crédito, conforme a Lei 7.713/88 - para determinar a retenção e o cálculo mês a mês (instrução normativa RFB 1.127/2011). Para efeito de IR, observe-se a OJ 400 da SDI-1 do C.TST.

Para que se evite o enriquecimento sem causa do autor, desde já, autorizo a compensação dos valores pagos a iguais títulos.

Custas, pelas reclamadas, no importe de R\$ 200,00 calculadas sobre R\$ 10.000,00, valor ora arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes e a União.

Nada mais.

RENATA MAXIMIANO DE OLIVEIRA CHAVES

Juíza do Trabalho Substituta

17ª TURMA

PROCESSO Nº 1002163-66.2015.5.02.0603

RECORRENTE:

RECORRIDO: ITAL SAÚDE SERVIÇOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS LTDA.

ORIGEM: 3ª VT de São Paulo - Zona Leste

RELATORA: MARIA DE LOURDES ANTONIO

EMENTA

Técnico em radiologia. Horas extras. O limite de 24 horas semanais, previsto no art. 14 da Lei nº 7.394/85, continua vigente. A parte "vetada" do referido artigo, refere-se, apenas, às férias de 40 dias, em 2 períodos.

RELATÓRIO

Contra a sentença de Id. 87166fd, integrada pela r. decisão de embargos declaratórios de Id. a0a14d1, que julgou procedente em parte a ação, recorreu o reclamante (Id. 9ffd840), discutindo a jornada semanal de 24 horas para os técnicos em radiologia.

A reclamada recorreu adesivamente (Id. 4ef7b59), discutindo: licitude no trabalho sob a forma de cooperativismo; vínculo trabalhista e verbas rescisórias; horas extras.

Foi negado processamento ao recurso adesivo, por deserto (Id. 708bc76).

Apresentadas contrarrazões (Id. d2d3153) pela reclamada.

Determinada a regularização da representação processual do recorrente, veio aos autos o substabelecimento de Id. a2635c4.

VOTO

Conheço do recurso, já que observados os pressupostos legais de admissibilidade.

Horas extras além da 24ª semanal.

Incontroverso que, no curso do contrato de trabalho, o reclamante exerceu a função de técnico em radiologia.

No que diz respeito ao pagamento, como extraordinárias, das horas prestadas além da 24ª semanal, o pedido foi indeferido sob o seguinte fundamento (Id. 87166fd - Pág. 6):

"O limite de 24 horas semanais previsto no artigo 14 da Lei 7394 foi vetado, conforme Mensagem nº 546 de 29/10/1985, portanto o reclamante não tem direito a jornada acima da 24ª mas sim a jornada acima da 44ª semanal, conforme previsto no artigo 7º da CRFB/88."

Insurge-se o recorrente sustentando que **"as fundamentações dos pedidos na exordial estão todos dentro dos ditames legais, artigo 14 da Lei nº 7.394/85 encontra-se plenamente em vigor, pois, o campo vetado, mencionado na sentença, diz respeito somente em relação às férias e não a jornada de trabalho dos profissionais da categoria, que permanece em 24 horas semanais"**(Id. 9ffd840 - Pág. 4 - destaques do original).

Tem razão o reclamante.

Foi alegado na petição inicial o cumprimento de 2 plantões de 24 horas, das 7h de segunda-feira às 7h de terça-feira e das 7h de sábado às 7h de domingo, além de mais um plantão de 12h às terças-feiras, e, ante o reconhecimento do vínculo empregatício com a ré e a ausência de juntada dos controles de frequência, essa jornada foi reconhecida como verdadeira.

Em relação ao limite adotado na origem, em razão de o reclamante ter prestado serviços como técnico em radiologia, merece reforma a r. sentença.

Ao contrário do entendimento adotado, o limite de 24 horas semanais, previsto no art. 14 da Lei nº 7.394/85, continua vigente. A parte "vetada" do referido artigo, como salientado nas razões recursais, refere-se às férias de 40 dias, em 2 períodos.

No mais, o Decreto nº 92.790/86, em seu art. 30, veio apenas regulamentar o trabalho dos técnicos de radiologia, estabelecendo o mesmo limite mensal da citada Lei.

Nesse sentido a jurisprudência da SDI-1 do C. TST, *verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. A jornada de trabalho estabelecida no artigo 30 do Decreto nº 92.790/86, que, aliás, não sofreu nenhum veto ou alteração, não exorbitou os limites da lei que regulamentou, como quer demonstrar a empresa. *A contrario sensu*, o decreto regulamentador atendeu ao fim a que se destina, provendo a situação prevista no artigo 17 da Lei nº 7.394/83, explicitando o teor da norma e lhe garantindo execução. Assim, a duração do trabalho exercido pelo radiologista está excluída da regra geral, conforme disposto no artigo 57 e seguintes da CLT, não havendo, portanto, que se falar em violação dos artigos 5º, inciso II, e 7º, inciso XIII, da Lei Maior, dos preceitos da Lei nº 7.394/85 (artigos 14 e 16) e da Lei nº 3.999/61 e dos artigos 9º e 444 da CLT. Embargos não conhecidos. (TST.E.RR.405866-96.19975.01.5555, Ac. SDI-1, Rel. Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, DJ. 13.12.2002).

Destarte, restando incontroverso que o reclamante exercia as atividades previstas nos referidos dispositivos legais, são devidas como extraordinárias as horas laboradas além da 24ª semanal. Amplio, portanto, a condenação referente às horas extras, mantidos os reflexos já previstos na sentença.

Reformo, nesses termos.

DISPOSITIVO

ACORDAM os magistrados da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: Por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso do reclamante, para determinar que sejam consideradas, como extraordinárias as horas excedentes da 24ª semanal, mantidos os reflexos já previstos na sentença.

Alterado o valor arbitrado da condenação para R\$15.000,00, acrescendo-se R\$100,00 às custas arbitradas no primeiro grau.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador SERGIO J. B. JUNQUEIRA MACHADO.

Tomaram parte no julgamento os Exmos Srs. MARIA DE LOURDES ANTONIO (relator), THAÍS VERRASTRO DE ALMEIDA (revisor) e FLÁVIO VILLANI MACÊDO (3º votante).

Presente o ilustre representante do Ministério Público do Trabalho.

MARIA DE LOURDES ANTONIO
Relatora