



**Poder Judiciário da União
Justiça do Trabalho**

Processo nº 02156200908902006.

Reclamante: **SINDICATO DOS BIOMÉDICOS
PROFISSIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO -
SINBIESP .**

Reclamada: **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA
FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE
SÃO PAULO e FUNDAÇÃO ZERBINI.**

Distribuição: 24 DE SETEMBRO DE 2009
Decisão: 07 de janeiro de 2011

SENTENÇA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A. Relatório.

Reclamante: **SINDICATO DOS BIOMÉDICOS
PROFISSIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO -
SINBIESP .**

Reclamada: **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA
FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE
SÃO PAULO e FUNDAÇÃO ZERBINI.**

Valor dado à causa R\$ 18.601,00.

Pretensão: adicional de periculosidade.

Defesa: não há compatibilidade entre o direito
postulado e a via eleita; inexistente direito ao título
pleiteado.

Provas realizadas: documentos; perícia, f. 227.

Conciliação rejeitada.

Encerrada a instrução processual, oportunizados
os debates.

É o relatório.

Decido.

B. Fundamentos



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

I

AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR E ROL DE SUBSTITUÍDOS

Evocam, as defesas, dois fundamentos que resultaram dos muitos prejuízos causados ao direito processual transindividual trabalhista pelo já revogado enunciado 310 do TST.

O atraso daquele assentado de súmula jurisprudencial foi combatido pela doutrina, ainda na vigência do verbete, que foi extirpado apenas nos primeiros anos do século XXI, depois de larga vigência, como se extrai da lição de Pedro Carlos Sampaio Garcia:

“Exatamente quando o processo civil brasileiro dá um salto de qualidade, primeiro com o reconhecimento constitucional da representação ideológica das associações, inclusive no processo, e depois com a inserção no sistema processual de um instrumental adequado de tutela dos interesses difusos coletivos e individuais homogêneos, que pressupõe a ampla legitimação para agir dos chamados corpos intermediários, a jurisprudência da Justiça do Trabalho dá um passo atrás. (...) O exemplo mais marcante desse retrocesso foi a infeliz Súmula n. 310 do Tribunal Superior do Trabalho”¹

Os elementos elencados pelo verbete – que não chegou a ostentar a nomenclatura de súmula, extinguindo-se 'enunciado' – não encontram respaldo em lei, nem no que toca ao limite do objeto da ação, nem à inútil apresentação de rol de substituídos, menos ainda de *autorização* da assembleia.

A legislação das ações coletivas,

¹ O *Sindicato e o Processo*. São Paulo: LTR, 2002, p 146.



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

que hoje resulta da congruência da Lei da Ação Civil Pública ao Código de Defesa do Consumidor, não exige nenhuma das duas providências, o que torna improcedente a reclamação preliminar.

Para apuração dos destinatários de eventual sentença positiva, a fase de liquidação cuidará.

Rejeito.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – DIREITO INDIVIDUAL PURO

Não logra êxito, ainda, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, eis que a situação fática que lança grupo de trabalhadores sob as mesmas condições de exposição ao risco – se confirmada a hipótese da inicial – dá o caráter transindividual do direito, cuja definição legal (artigo 81, III do Código de Defesa do Consumidor) exige apenas a *origem comum* – de fato ou de direito.

Ora, se o mesmo impositivo patronal – de exposição a determinadas condições de risco – atinge indistintamente todos os que se ocupem (ou vierem a se ocupar) da mesma atividade, indiscutível é a transindividualidade do direito.

Rejeito.

ILEGITIMIDADE ATIVA

Ao SINDICATO incumbe a tutela dos interesses individuais e coletivos da categoria, como dispõe o artigo 8 III da Constituição da República, que, interpretado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 202.063-PR, exhibe-se amplo, sem amarras ou limitações.



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

Dentre tais atribuições, a proteção contra os riscos no trabalho exibe-se fundamental e de relevante importância, o que torna desnecessária a inclusão, nos estatutos do sindicato, de quaisquer termos formularios ou de qualquer outra formalidade. É, também, um direito da categoria. Nada impede que determinado direito seja abordado por diferentes perspectivas, do que pode resultar a conclusão de ser *individual, individual homogêneo* ou *coletivo*, quando não for difuso. A proteção geral da lei – que, entre nós, neste tema, tem assento constitucional – da saúde do trabalhador inclui-se, de uma vista, como direito individual, mas, de outra, configura-se integrante do patrimônio do grupo de trabalhadores, ainda que não seja *exclusivamente* deles. Se não é *somente da categoria representada pelo autor*, é, inegavelmente, também dela.

Com fundamento no normativo constitucional evocado, rejeito a preliminar.

FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Alega-se, ainda em preliminar, que ao autor carece o interesse de agir, eis que os substituídos já recebem adicional de insalubridade em grau máximo e a legislação proíbe cumulação.

Nada menos acertado.

De primeiro, porque aplicação da Convenção 155 da OIT, vigente entre nós há anos, retira-se possibilidade de cumulação dos adicionais.

Demais disto, postular ambos os adicionais não se confunde com recebê-los concomitantemente, o que poderá ser objeto de escolha pelo trabalhador, oportunamente.



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

Rejeito.

Prescrição.

Sob a determinação do artigo 7º, XXIX da Constituição da República, os créditos anteriores a cinco anos da distribuição do feito, **24 de setembro de 2004**, encontram-se fulminados por prescrição do direito de ação, o que não se aplica às diferenças de fundo de garantia por tempo de serviço (lei 8036/90), de prescrição trintenária, nem às providências declaratórias, imprescritíveis (artigo 11, Consolidação das Leis do Trabalho).

II

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – EXPOSIÇÃO A RAIOS

Postula, o sindicato substituto, o pagamento do adicional de periculosidade em favor dos biomédicos que se ativem, nas instalações do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de São Paulo, operando máquinas de exames de imagem.

O primeiro ponto a ser enfrentado, no mérito, diz respeito à possibilidade de inclusão da exposição à radiação como situação de risco passível do pagamento do adicional de periculosidade, sem manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego.

De início, pondero que a Constituição da República de 1988, diferindo da de 1967, inseriu no rol de garantias sociais dos trabalhadores o direito à percepção de adicional de remuneração (artigo 7º, XXIII) em razão de atividades perigosas, na forma da lei. Esta disposição, posterior e hierarquicamente superior à Consolidação das Leis do



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

Trabalho, não admite a restrição pretendida pela defesa, na leitura gramatical do artigo 193, como se os elementos ali previstos limitassem as hipóteses de trabalho perigoso, para fins da tutela constitucional.

A própria fundamentação técnica da defesa reconhece que a legislação sobre periculosidade é da década de 50, padecendo, pois, de desatualização não recomendável. De ver, pois em 1950 o desenvolvimento das atividades nucleares era, ainda, incipiente e os efeitos do contato do homem com as fontes de radiação, superficiais.

A regulamentação pelo órgão competente, o Ministério do Trabalho e Emprego, deu-se por meio da portaria 518 de 2003, que adota o quadro de atividades perigosas da regulamentação do Conselho Nacional de Energia Nuclear. A reserva legal – “na forma da lei” – que consta da parte final do inciso XXIII da Constituição da República não pode revogar o comando constitucional, quando o tem vem regulamentado por norma administrativa da autoridade nomeada *pela lei*, para fixar o quadro de atividades insalubres e perigosas. Cuidar-se-ia de inverter a ordem constitucional, gerando norma de eficácia contida, o que o moderno constitucionalismo hostiliza, em matéria afeta aos direitos humanos.

Não é diferente desta a decisão do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – RADIAÇÕES IONIZANTES – A exposição do empregado a radiação ionizante ou a substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho de nos 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 04.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

delegação legislativa contida no [art. 200, caput, e inciso VI, da CLT](#). No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade (Orientação Jurisprudencial nº 345 da SBDI-1 do TST). Recurso de revista não conhecido. *(TST – RR 1.119/2001-007-04-00.1 – 1ª T. – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DJU 11.04.2006)*

Se a norma encontra-se superada por técnicas mais atuais de inibição dos efeitos do contato com a radiação ou melhores vias de controle dos riscos desta operação, estas condições, externas à regra positivada, porque reside em terreno não-jurídico.

Impõe-se, pois, rejeitando os argumentos da defesa, acolher a fundamentação jurídica do pedido, estribado no texto da portaria 518/2003, que é, inclusive, mencionada como fundamento técnico do parecer do assistente, como se da defesa lê à f. 216.

Superada a questão jurídica, analiso o fato colhido pelo perito deste juízo.

Duas situações de trabalho foram apuradas pelo laudo, a saber, a dos que laboram em medicina nuclear e a dos que militam na ressonância magnética e tomografia.

O trabalho da assistente técnica da defesa reconhece – porque as reclamadas, segundo ali se noticia, já pagam o adicional – presente o risco que enseja periculosidade, com o que é convergente ao laudo oficial.

O ponto de dissenso entre os trabalhos técnicos resulta da falta de reconhecimento,



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

pela assistente da defesa, da aplicabilidade do item 5.3 da portaria 518. Com efeito, enquanto o trabalho técnico assistente das razões da defesa indica que a área é isolada, na operação dos maquinários, realizada à distância, nas atividades de ressonância e tomografia, o perito do juízo identifica a aplicação de contrastes *radiofármacos* pelos biomédicos, na preparação para referidos exames.

Tal fato – o da aplicação dos constantes iodados no paciente (Iodo 123 e 131), relatada pelo perito, não foi contestada pelas reclamadas, nem restou ilidida, como fato que é, por nenhum outro meio de prova.

Evidencia-se, pois, o 'manuseio de materiais biológicos contendo radioisótopos ou moléculas marcadas', mencionado como causa de risco, nos termos do item 5.3 da portaria 518, item 5.

De todo o rol de atividades dos substituídos, apresentado pelo perito à f. 235 e não ofuscado por nenhum outro meio de prova – tem-se evidenciado que tanto na área de medicina nuclear, quanto na realização dos exames de tomografia e ressonância, expõem-se os trabalhadores a situação de risco que vem contemplada pela norma técnica que dá fundamento ao pedido.

Em face do exposto, acolho a pretensão inicial, deferindo aos substituídos – biomédicos que trabalhem, trabalharam no período imprescrito ou vierem a trabalhar nos setores de medicina nuclear, ressonância magnética e tomografia – o adicional de periculosidade, calculado em 30% do ordenado básico, com reflexos em fundo de garantia por tempo de serviço (mediante depósito), férias com um terço, décimo terceiro salário e integração à base de cálculo das horas extraordinárias.



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

Compensem-se os valores já pagos sob os mesmos títulos, inclusive adicional de insalubridade – porque o pedido inicial não inclui cumulação dos adicionais – e seus consectários – férias, décimo terceiro salário, fundo de garantia por tempo de serviço e horas extraordinárias.

A apuração dos destinatários realizar-se-á em liquidação.

Honorários de advogado são devidos, pela assistência sindical – interpretação da, segundo o TST, vigente lei 5584/70 – e são fixados em R\$ 15.000,00, à vista da dificuldade de apuração do *quantum debeat* e da possibilidade de execução individual da presente sentença (artigo 98, CDC).

Além das parcelas vencidas, deferem-se, também, as vincendas, aos que ocupem ou venham a ocupar o posto de trabalho identificados pelo julgado.

Descontos fiscais e previdenciários.

Em que pese minha convicção em sentido contrário, que me levou, por seguidos anos, a atribuir o recolhimento fiscal e previdenciário apenas ao reclamado, reconsidero-a, à luz da preponderante leitura jurisprudencial e, em prol da abreviação do feito, autorizo o desconto da quota-parte do trabalhador, nos cálculos da contribuição previdenciária. Tal apuração faz-se mediante a incidência das alíquotas legais e a observância dos limites (teto) para contribuição mensal.

Para os fins do parágrafo terceiro do artigo 832 da C.L.T., identifico que são verbas de natureza salarial, das deferidas em sentença: **adicional de periculosidade e seus reflexos em décimo**



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

terceiro e horas extras. Sobre estas, incidirão imposto de renda e contribuição social. Sobre as demais verbas, nenhuma taxaçoão haverá.

No que toca ao imposto de renda, em que pese a orientação da súmula 368, II do Tribunal Superior do Trabalho, adoto, por especialização competencial para a espécie, o quanto já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, com abono da própria Procuradora Geral da Fazenda Nacional (Parecer nº 287 de 2009, publicado em 13 de maio de 2009, que resultou o ato declaratório 1 de 2009, a isentar a Procuradoria do dever de recorrer sobre o tema, quando decidido em conformidade ao referido parecer). Eis a diferença: o Tribunal Superior do Trabalho, em sua súmula, adota o regime de caixa, para que se calcule o imposto de renda apenas ao final, com a incidência da alíquota legal sobre a totalidade do crédito, enquanto o Superior Tribunal de Justiça observa o regime de competência, de forma a que se calcule o imposto mês a mês, com a observância dos regramentos tributários então vigentes.

A conclusão da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional estriba-se em reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tribunal em cuja competência, como terceira instância da Justiça Federal Comum (artigo 109, Constituição da República), inclui-se a decisão *material* sobre tributação.

As decisões trabalhistas sobre o tema são incidentais, gerando, quando em desconformidade com a orientação do Tribunal ao qual incumbe o julgamento *material* do tema, colisão inútil, dilatória e que gera insegurança jurídica.

Finalmente, havendo duas interpretações possíveis, a que menor onera o crédito do trabalhador e que o restitui o mais próximo da



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

integralidade possível corresponde à que deve ser aplicável pelo Judiciário Trabalhista.

Tal interpretação, aliás, foi sufragada pelo legislador, consoante o vigente texto do artigo 12-A da lei 7713/88, com a redação que lhe dá a medida provisória 410/2010.

Juros e correção monetária.

Correção monetária é devida a partir do descumprimento da obrigação restabelecida pela sentença. Observe-se, para identificação do termo inicial (ou época própria), a orientação da súmula 381 do Tribunal Superior do Trabalho, quando a fundamentação expressamente não consignar outra data.

Quanto aos juros, serão calculados desde a distribuição da inicial, nos termos do artigo 883 da C.L.T., devidos à razão de 0,5% ao mês, ou *pro rata die*, em face do benefício legal de que goza a primeira reclamada, observando-se a aplicação da variação da poupança, a partir de junho de 2009 (lei 9494).

Sobre eles não deve haver incidência do imposto de renda, à luz do artigo 46, parágrafo único da lei 8541, o que se confirma pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.066.949 e REsp 1.037.452) e do Regional de São Paulo:

“JUROS DE MORA – NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA – IMPOSTO DE RENDA INDEVIDO – Nos termos do artigo 46, § 1º, inciso I, da Lei 8.541/92, os juros na execução trabalhista têm natureza jurídica indenizatória e assim, não estão sujeitos à



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

incidência do imposto de renda. Nesta justiça, o trabalhador não é um investidor financeiro, e sim, credor de obrigação insatisfeita. Desse modo, os juros incidentes sobre seus créditos objetivam tão-somente indenizar a mora, não se confundindo com os juros de natureza compensatória ou remuneratória de capital aplicado. Observância, por analogia, da Orientação Jurisprudencial nº 207, da SDI-I do C. TST. Agravo de petição a que, por maioria, se dá provimento". (TRT 2ª R. – AP 02547-2001-033-02-00 – (20060353010) – 4ª T. – Rev. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros – DOESP 02.06.2006)

III

C. *Dispositivo*

Do exposto e considerado o mais que dos autos consta, julgo *procedente* a pretensão de **SINDICATO DOS BIOMÉDICOS PROFISSIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINBIESP** contra **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO e FUNDAÇÃO ZERBINI**, para *condenar as reclamadas, quanto ao período imprescrito e às parcelas vincendas, a pagarem aos substituídos do sindicato autor – que serão individualizados em liquidação – o adicional de periculosidade e seus reflexos – e, ainda, a pagarem ao autor honorários de advogado (R\$ 15.000,00)*, tudo na forma da fundamentação que este dispositivo integra sob todos os aspectos de direito, observando-se ainda:

Custas.

Fixadas sobre o valor da condenação: R\$ 50.000,00., em R\$ 1.000,00; devidas



Poder Judiciário da União Justiça do Trabalho

pelos réus. A Fazenda é dispensada do recolhimento e do depósito recursal, *ex vi lege*. Prazo de recolhimento: 8 dias, pena de execução.

Honorários do perito.

Fixados em R\$ 3.000,00, são de responsabilidade das reclamadas, sucumbentes, para pagamento no mesmo prazo das custas, pena de execução do valor devidamente atualizado.

Providências finais.

Junte-se aos autos. Registre-se. Cumpra-se. **Intimem-se**. Nada mais.

Marcos Neves Fava

JUIZ DO TRABALHO

39ª Vara de São Paulo

Data: **07 de janeiro de 2011**

Processo nº 02156200908902006