

Fundação Oswaldo Cruz – Diretoria Regional de Brasília
Programa de Direito Sanitário
Curso de Especialização em Direito Sanitário – Turma V

Leomar Daroncho

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE:

Entre a Monetização da Saúde do Trabalhador e o Direito
Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Hígido.

Brasília

2012

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: Entre a Monetização da Saúde do Trabalhador
e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Hígido.

Leomar Daroncho

Leomar Daroncho

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE:

Entre a Monetização da Saúde do Trabalhador e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Hígido.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Sanitário / 2011 - da Fundação Oswaldo Cruz, Diretoria Regional de Brasília, como requisito para a obtenção do grau de Especialista em Direito Sanitário.

Prof^a. Dra. Maria Célia Delduque

Brasília

2012

DEDICATÓRIA

Sem maiores pretensões, essa monografia é dedicada aos trabalhadores, integrantes do povo brasileiro representado na Constituição de 1988 e destinatários das promessas de instituição de um Estado Democrático que assegure o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

AGRADECIMENTO

O aprendizado decorre de um ato de humildade. Estabelecida esta condição, o conhecimento é essencialmente o aprimoramento resultante de interações e experiências coletivas. Minha gratidão aos familiares, aos mestres, aos colegas e aos amigos que, das mais variadas formas, instigaram e inspiraram o estudo e as reflexões que compõem este trabalho.

RESUMO

O efetivo respeito à dignidade humana do trabalhador, titular do direito constitucional - fundamental – a ver assegurada, no curso de uma relação de trabalho subordinado, a integridade da saúde e a própria vida, está vinculado à observância do parâmetro que pode ser condensado no direito a laborar em um meio ambiente do trabalho hígido. Assim, mostra-se problemático o entendimento que, apesar das várias referências constitucionais que definem os direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos trabalhadores, continua a admitir o labor habitual em condições agressivas, mediante remuneração.

Palavras-chaves: saúde; trabalho; insalubridade; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The effective respect of worker's human dignity, holder of constitutional right to have integrity of health and live assured in the course of an employer-employee relationship is linked to the, observance of the right of laboring in healthy working environment. Thus, it is problematic to accept the idea of regular work under aggressive conditions in exchange of payment, if references that define constitutional fundamental rights, individual, and collective rights are considered.

Keywords: health, work, unhealthy working environment, human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	13
1.1 A constitucionalização do valor social do trabalho e da dignidade humana do trabalhador	13
1.2 A saúde e o meio ambiente de trabalho na Constituição.....	16
1.3 O direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido	18
1.4 O direito à saúde do trabalhador como sub-ramo do direito sanitário	19
2 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE	23
2.1 Histórico do adicional de insalubridade	23
2.2 O tradicional entendimento jurisprudencial e doutrinário	32
2.3 A manutenção do entendimento apesar da nova Constituição: um caso concreto.....	37
3 DOENÇAS OCUPACIONAIS: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA.....	41
3.1 O trabalho em ambiente agressivo gera agravos à saúde.....	41
3.2 Informações oficiais sobre doenças ocupacionais e seus custos.....	43
4 A INSALUBRIDADE NO DIREITO COMPARADO	54
4.1 MERCOSUL	55
4.1 Espanha	60
5 A SUPREMACIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS	63
5.1 O novo constitucionalismo e a necessidade de interpretar as leis em conformidade com a Constituição: o Direito como integridade	63
5.2 Da necessidade de tutelas judiciais e administrativas que priorizem o aspecto inibitório da exposição a agravos	74
6 A JANELA DE OPORTUNIDADES PARA A REVISÃO DAS VELHAS PRÁTICAS	80
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

O nosso modelo de Estado democrático de direito elegeu como centro de convergência do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana. Assim, esta é uma diretriz que, juntamente com o valor social do trabalho, também fundamenta a República Federativa do Brasil, delimita e impõe o direito fundamental ao trabalho digno.

Nesse contexto, a definição ampla da saúde dentro do modelo de trabalho constitucionalmente protegido remete àquele que se desenvolve dentro dos parâmetros estabelecidos para o trabalho decente pela Constituição de 1988, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Essa constatação, ao mesmo tempo em que qualifica o trabalho constitucionalmente protegido, impõe a análise da compatibilidade das práticas interpretativas usuais com as premissas constitucionais que definem os parâmetros mínimos da regulação do trabalho: direitos fundamentais do trabalho.

Desse modo, mostra-se problemático o entendimento jurisprudencial que continua admitindo o trabalho habitual em condições insalubres mediante o pagamento do adicional insalubridade que, por definição, supõe a exposição dos trabalhadores a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância.

A antiga prática reflete o entendimento mercantilista acerca do direito fundamental do trabalhador à saúde e ignora a vigência de uma nova Constituição.

Postas essas considerações, na monografia enfrenta-se a seguinte questão: na nossa ordem constitucional, o pagamento do adicional de insalubridade exonera o empregador da responsabilidade pela manutenção do meio ambiente de trabalho hígido?

Trabalhou-se com a hipótese de que a resposta seja negativa, pois a garantia constitucional ao meio ambiente de trabalho hígido, como direito fundamental, desautoriza o entendimento que conduz à patrimonialização os efeitos de sua transgressão habitual. Do contrário, seria necessário admitir que se continue a interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, anterior e contrária a ela.

Passados 24 anos da vigência da nova ordem constitucional, percebe-se a dificuldade em ajustar o entendimento tradicional ao potencial normativo e contrafático da nova Constituição.

O enfrentamento da questão proposta, tematizada a partir da hipótese de que o entendimento jurisprudencial dominante comprometeria a efetividade da Constituição, dá-se numa análise crítica e reflexiva referenciada primordialmente na Teoria da Constituição de Dworkin.

A investigação e a leitura crítica do entendimento jurisprudencial dominante se dão a partir da literatura especializada, nos ramos do Direito Sanitário, do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, com destaque para os autores que promovem a leitura dos direitos sociais a partir e em sintonia com os direitos fundamentais constitucionais, como propõe o moderno constitucionalismo.

Assim, exercendo um dos papéis centrais das academias no campo do Direito, o estudo pretende contribuir para o controle discursivo das decisões do judiciário que, ao interpretar a Constituição submetendo e restringindo os direitos fundamentais ao conteúdo de uma lei ordinária anterior e contrária, apresentam relação direta com a efetividade dos ideais constitucionais.

O enfrentamento do problema proposto, incursionando pela jurisprudência trabalhista, é relevante e atual, especialmente em razão da recente consolidação do entendimento que atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações de indenizações por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho - Súmula Vinculante nº 22 do STF.

Assim, a maior ou menor efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido passa a depender do entendimento do judiciário trabalhista acerca da questão.

Com o estudo também se pretende enriquecer as discussões sobre o Direito Sanitário, numa abordagem diferenciada, ampliando o debate acerca do direito à saúde, para contemplar a dimensão preventiva da saúde ocupacional, contribuindo para o reconhecimento do Direito Sanitário como um importante campo de estudos da saúde pública.

A monografia foi organizada em seis capítulos.

No capítulo inicial analisa-se o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais – e particularmente da saúde, do valor social do trabalho e da dignidade humana –, como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, por meio de normas que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos.

Analisando o caráter eminentemente constitucional dos direitos sociais à saúde e ao trabalho, demonstra-se que são temas constitucionais tanto a manutenção da saúde do trabalhador – direito de todos - quanto à necessidade de que sejam efetivamente asseguradas as condições de higiene do meio ambiente de trabalho. Assim, investiga-se a compatibilidade das práticas interpretativas usuais das normas da segurança e da medicina do trabalho com as premissas constitucionais que definem os parâmetros mínimos da regulação do trabalho: direitos fundamentais do trabalho.

Na sequência, busca-se localizar o direito à saúde do trabalhador dentro do amplo campo de estudo do Direito Sanitário, como sub-ramo que se ocupa do conhecimento e da aplicação das normas jurídicas, a partir da Constituição, voltadas à proteção do direito à saúde.

No segundo capítulo, apresenta-se o histórico do adicional de insalubridade. Apresenta-se a persistência do problemático entendimento jurisprudencial que continua a admitir o trabalho habitual em condições insalubres mediante o pagamento do adicional insalubridade que, por definição, supõe a exposição dos trabalhadores a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância.

No terceiro capítulo, constrói-se a relação entre o trabalho em ambiente agressivo e os consequentes agravos à saúde, a partir das contribuições de teorias da epidemiologia. A partir de informações oficiais sobre doenças ocupacionais e seus custos, enfatiza-se que as doenças ocupacionais são uma questão de saúde pública.

No quarto capítulo, apresenta-se uma rápida análise comparativa acerca dos dispositivos que regulam o trabalho em condições insalubres nos países do MERCOSUL e na Espanha.

No quinto Capítulo, discorre-se sobre o novo constitucionalismo e a necessidade de interpretar as leis em conformidade com a Constituição: o Direito

como integridade. Refere-se à supremacia dos direitos sociais constitucionais e são apresentadas diversas possibilidades de tutelas judiciais e administrativas que priorizam o aspecto inibitório da exposição a agravos.

No sexto capítulo, discute-se um conjunto de acontecimentos e eventos que formam uma janela de oportunidade para o debate social, político e acadêmico acerca do entendimento, e sinalizam a oportunidade para a revisão da velha prática interpretativa.

Assim, além de atual e relevante, o tema mostra-se em sintonia com as pesquisas contemporâneas desenvolvidas nas áreas do moderno constitucionalismo, inserindo-se, ademais, nas linhas estratégicas de estudos sobre o Direito à Saúde e o Direito Sanitário do Programa de Direito Sanitário (PRODISA) da Fundação Oswaldo Cruz– FIOCRUZ.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1 A constitucionalização do valor social do trabalho e da dignidade humana do trabalhador

Para os limitados propósitos específicos deste estudo não há maior interesse em aprofundar a instigante investigação acerca da origem do constitucionalismo – indissociável da ideia de garantia dos direitos fundamentais – na passagem do século XVIII para o XIX. Pelas mesmas razões, mostra-se impertinente, no momento, a incursão pela fascinante teoria dos direitos fundamentais e sua divisão em gerações ou dimensões¹.

Por ora, importa registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, no artigo 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais constituem prestações positivas proporcionadas pelo Estado “direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos” (SILVA, 1998, p. 289). Tais direitos estão ligados ao direito de igualdade (segunda dimensão) e tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Trata-se do reconhecimento dos novos direitos fundamentais: direitos econômicos, sociais e culturais, que – a partir da Constituição de Weimar, de 1919 – incorporaram-se às constituições de diferentes nações, expressando a ideia de que a felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, pelo Estado.

Da amplitude dos temas relacionados no art. 6º da Constituição extrai-se que os direitos sociais não são somente aqueles enunciados nos artigos 7º, 8º, 9º,

¹ Nesse estudo será utilizada a terminologia dimensões de direitos fundamentais, incorporando a ideia de que os diferentes catálogos de direitos fundamentais travam entre si uma relação de concomitância e simultaneidade, ao invés de uma relação de exclusividade ou sucessão. Todavia, não se ignora que essa ideia também recebe críticas de parcela da doutrina. O tema é explorado com grande competência e atualidade por Sarlet (2003).

10 e 11. Eles também podem ser localizados, por exemplo, no Título VIII - Da Ordem Social, nos artigos 193 e seguintes.

Conforme observado por Sarlet (2003), a abundância, quantitativa e qualitativa, de direitos sociais no texto constitucional confere posição de destaque à Constituição de 1988², tanto na história constitucional brasileira quanto em relação a outras ordens constitucionais.

Ainda no princípio do estudo, para preservar a objetividade deste trabalho, é necessário fazer mais uma delimitação na abordagem. Desse modo, deixa-se de lado a exploração das alviçareiras possibilidades descortinadas pelo novo entendimento do STF, a partir do histórico julgamento de 03/12/2008³, acerca da hierarquia dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil que poderão ter, no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos três posições hierárquicas distintas, a depender do seu conteúdo e das formalidades para o seu ingresso na ordem interna. Registre-se, de passagem, que são vários os atos normativos internacionais ratificados pelo Brasil dispendo sobre direitos humanos relacionados ao Direito do Trabalho, ao Direito à Saúde e mesmo especificamente ao Direito à Saúde no Ambiente de Trabalho.

Nesse contexto, e aproximando a abordagem das questões afetas ao direito à saúde no meio laboral, o trabalho, categorizado como direito humano fundamental, no rol dos direitos sociais, requer que sua exteriorização seja acompanhada da marca da dignidade. A essa altura, é oportuno o registro de que o

² Registre-se que uma importante corrente de juristas questiona a falta de eficácia e de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Streck (2004), em crítica que se tornou bastante conhecida, assinala que a atual Constituição ainda carece de cumprimento das promessas de modernidade anunciadas.

³ Na oportunidade foram analisados Recursos Extraordinários e Habeas Corpus que discutiam a possibilidade da prisão civil por dívida, em face do disposto no Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, que proíbe, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia. Por maioria, venceu a tese que dá status supralegal (acima da legislação ordinária) aos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Admitiu-se dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais (ECs) pelo Congresso Nacional, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>. Consulta em 02/02/2012).

trabalho digno pode ser compreendido como sendo aquele que se desenvolve dentro dos parâmetros estabelecidos para o trabalho decente (BRITO FILHO, 2004).

Assim, a garantia do direito ao trabalho digno implica o resgate do componente ético do nosso modelo de sociedade capitalista. Essa particularidade foi captada pelo constituinte de 1988 que estabeleceu, no art. 170, que a "ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Já de início, pontue-se que poucas relações são tão propícias à manifestação da desigualdade, inclusive com prejuízos – imediatos ou diferidos – à saúde do trabalhador, como àquelas entabuladas no curso de uma relação de trabalho subordinado.

Medeiros Neto (2008) captou a peculiaridade do regime de trabalho subordinado, em que o cidadão, premido pela precisão do momento, submete-se, em busca de uma renda mínima, às formas e condições mais aviltantes de trabalho. Contingenciado por necessidades extremadas, a vontade e a liberdade do trabalhador anulam-se.

Noutro giro, o nosso modelo de Estado democrático de direito elegeu como centro de convergência do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição).

Por sua relevância, transcreve-se a definição formulada por Sarlet (2006, p. 60) para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Especialmente em relações assimétricas, como as de cunho laboral, a efetividade do valor-princípio da dignidade da pessoa humana demanda que se lhe atribua um sentido de normatividade e cogência. Do contrário, transforma-se em mera cláusula retórica com assento constitucional.

Assim, contextualizando no ambiente e nas relações de trabalho, a dignidade da pessoa humana – protegendo a pessoa do trabalhador contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, e ao mesmo tempo garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável - é uma diretriz constitucional que, juntamente com o valor social do trabalho, também fundamento da República Federativa do Brasil, delimita e impõe o direito fundamental ao trabalho digno o que, por óbvio, também engloba as condições para a preservação de sua incolumidade física e psíquica.

1.2 A saúde e o meio ambiente de trabalho na Constituição

Conforme exposto no tópico anterior, resulta fácil perceber o caráter eminentemente constitucional dos direitos sociais à saúde e ao trabalho (art. 6º).

Mais! Ao traçar as linhas básicas do Sistema Único de Saúde – SUS, a Constituição integra o meio ambiente do trabalho ao amplo conceito de meio ambiente a ser protegido (art. 200, VIII): “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...), VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Destarte, são temas constitucionais tanto a manutenção da saúde do trabalhador – direito de todos - quanto à necessidade de que sejam efetivamente asseguradas as condições de higiene do meio ambiente de trabalho - mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, como medidas compreendidas na promoção e na proteção da saúde.

A partir dessas disposições a doutrina formulou o conceito de meio ambiente de trabalho como sendo o local em que são desempenhadas atividades laborais, remuneradas ou não, “cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio ambiente e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores” (FIORILLO, 2000, p. 21).

De outro lado, conquanto o constituinte de 1988 tenha situado a saúde dentre os direitos sociais fundamentais (art. 6º), evitou explicitar o seu conceito. No capítulo da seguridade social (Título da Ordem Social) a Constituição Federal - artigo 196 - apenas fixa que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Em decorrência da supremacia jurídica da Constituição, este conceito amplo de saúde norteia a compreensão que se tem do termo saúde e orienta a atuação do Sistema Único de Saúde - SUS.

Assim, a análise de disposições de diferentes seções do texto constitucional (Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Garantias Fundamentais, Ordem Econômica e Social) revela que são temas constitucionais tanto a manutenção da saúde do trabalhador – direito de todos - quanto à necessidade de que sejam efetivamente asseguradas as condições de higiene do meio ambiente do trabalho - mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, como medidas compreendidas na promoção e na proteção da saúde.

Desse modo, à semelhança do que ocorre com os demais ramos do Direito, as questões primordiais do Direito à Saúde e do Direito do Trabalho, na atualidade, já não encontram solução dentro dos limites estreitos das próprias disciplinas, extravasando, necessariamente, para o terreno constitucional (MENEZES, 2003).

A definição ampla da saúde dentro do modelo de trabalho constitucionalmente protegido, por sua vez, remete àquele que se desenvolve dentro dos parâmetros estabelecidos para o trabalho decente pela Constituição de 1988, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Pontue-se que a OIT (2001) qualifica o controle abusivo de um ser humano sobre o outro como a antítese do trabalho decente.

Noutro contexto, analisando o entrelaçamento das áreas de conhecimento envolvidas e a complexidade da atuação da Vigilância em Saúde do Trabalhador, Machado (2008) revela que a promoção da saúde, no setor, requer uma compreensão transdisciplinar e ação transversal inter e intra-setorial.

Necessário considerar, ainda, que a saúde, ou mais precisamente o comprometimento da saúde do trabalhador em decorrência das condições de

trabalho, é tema de grande relevância, tanto do ponto de vista da saúde pública, na dimensão coletiva, quanto das possibilidades de inclusão do indivíduo no nosso modelo de sociedade, que valoriza de modo especialmente marcante a produção e a capacidade produtiva⁴.

Nesse sentido, retomando a afirmação de AITH, é possível afirmar que “O corpo pode ser ao mesmo tempo um instrumento de inclusão (saúde) ou exclusão (doença)” (AITH, 2007, p. 49).

Sintetizando as ideias exploradas nesse tópico, é possível concluir que a saúde do trabalhador, como espécie do direito à saúde constitucionalmente protegido, apresenta-se como direito fundamental inviolável e fora do comércio. Assim, a sua preservação impõe-se tanto ao empregador, na condução de seu empreendimento, quanto ao Estado, em suas atividades regulatórias e de fiscalização. Destarte, é de se esperar que eventuais lesões a esse direito fundamental encontrem uma resposta satisfatória do aparato jurídico.

1.3 O direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido

As afirmações que vêm sendo feitas, ao mesmo tempo em que qualificam o trabalho constitucionalmente protegido, impõem a análise da compatibilidade das práticas interpretativas usuais das normas da segurança e da medicina do trabalho⁵ com as premissas constitucionais que definem os parâmetros mínimos da regulação do trabalho: direitos fundamentais do trabalho.

Tudo isso, tendo presente que o contrato de trabalho é uma relação jurídica complexa, dinâmica e solidária que, além das obrigações principais, encerra

⁴ A título de exemplo, e independentemente de eventual crítica ao modo como são realizados os exames e utilizados os seus resultados, cabe o registro de que ordem jurídica mantém a exigência, e, portanto, a licitude, do Exame Admissional - para comprovação do bom estado de saúde físico e mental do novo funcionário para exercer a função a que será destinado - antes da contratação do trabalhador com carteira assinada, previsto no artigo 168 da CLT: “Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: I - na admissão; II - na demissão; III – periodicamente”.

⁵ Denominação empregada pela CLT ao capítulo – Capítulo V - que dispõe sobre as normas de saúde e segurança do trabalhador, a partir do artigo 154, na redação dada pela Lei nº 6.154, de 1977.

deveres anexos de conduta do empregador, dentre os quais se destaca o dever de proteção (DALLEGRAVE NETO, 2007).

Assim, do ponto de vista da dignidade humana do trabalhador, titular do direito fundamental ver preservada a saúde e a própria vida no trabalho, as múltiplas referências constitucionais à saúde ocupacional podem ser sintetizadas no direito a laborar em um meio ambiente do trabalho hígido.

Essa conclusão pode ser deduzida da disposição que consta no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo dos Direitos Sociais – em que o texto constitucional, dentre outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, *caput* e inciso XXII). Acrescente-se que tal imposição foi guindada à condição de direito fundamental.

Por ora, importa registrar que, no que interessa aos objetivos desse estudo: preservação da saúde do trabalhador dos riscos do trabalho; a Constituição brasileira de 1988 representou inovação de monta⁶.

Assim, fazendo um apanhado parcial das ideias desenvolvidas até aqui, pode-se dizer que o efetivo respeito à dignidade humana do trabalhador, titular do direito constitucional - fundamental – a ver assegurada, no curso de uma relação de trabalho subordinado, a integridade da saúde e a própria vida, está vinculado à observância do parâmetro que pode ser condensado no direito a laborar em um meio ambiente do trabalho hígido.

1.4 O direito à saúde do trabalhador como sub-ramo do direito sanitário

A preocupação dos estudiosos com os possíveis agravos à saúde, em decorrência do trabalho, remonta ao menos ao início do século XVIII, quando Bernardino Ramazzini – considerado o pai da medicina do trabalho – relacionou os

⁶ A Constituição de 1934, em dispositivo da Ordem Econômica e Social, conjugava a promoção e o amparo à produção e os interesses econômicos do País com a vaga ideia de proteção social do trabalhador. As Constituições de 1937, 1946 e 1967 continham disposições semelhantes.

riscos à saúde ocasionados por produtos químicos, poeira, metais e outros agentes encontrados por trabalhadores (RAMAZZINI, 2000).

A industrialização e a urbanização (século XVIII) impulsionaram o fenômeno da crescente socialização da vida urbana. Já naquele momento, a preocupação com preservação da saúde pública, ao lado da ordem pública, respondia a necessidades decorrentes do mesmo fenômeno (ROSEN, 1994).

A maior complexidade dos problemas sociais, inclusive sanitários, resultantes do deslocamento da vida social e econômica para as cidades e da estruturação do mercado de trabalho, fez surgir a preocupação e o interesse pelo estudo das relações entre as condições de vida e outros fatores na saúde da população.

A noção de salubridade (ou de insalubridade) teve origem na medicina urbana – França, no final do século XVIII -, tendo como foco a organização do ambiente urbano e suas relações com as doenças. Surge, então, a medicina da força de trabalho, que sem excluir as demais e tendo incorporado o assistencialismo, desenvolveu-se paralelamente ao modo de produção capitalista, inicialmente na Inglaterra (FOUCAULT, 1979).

Assim, tomando a saúde como resultante de condições socioeconômicas e ambientais, Berlinger (1987) afirma que a doença deve ser considerada como um sinal estatisticamente relevante e precocemente calculável, de alterações do equilíbrio homem-ambiente. Portanto, o conceito incorpora a compreensão de que alterações na saúde podem ser induzidas pelas transformações produtivas, territoriais, demográficas e culturais, incontroláveis nas suas consequências, sem perder de vista o sofrimento individual e o desvio da normalidade biológica ou social.

Por ora, tendo em vista as limitações deste estudo, e tomando como referência os ensinamentos de AITH (2007), de forma simplificada, é possível assinalar que a saúde constitui-se e é constituída por um complexo de fatores intrínsecos do indivíduo - físicos e mentais - e extrínsecos – sociais, ambientais e religiosos – como forma de imposição de um ideal de saúde.

As expectativas dos fatores extrínsecos – neles incluso o meio ambiente de trabalho - são determinantes para a inclusão do indivíduo na sociedade marcada

pela produção, uma vez que a doença está comumente associada ao ócio e à ausência de interação social.

Assim, conforme já referido, a saúde, ou mais precisamente, o comprometimento da saúde do trabalhador em decorrência das condições de trabalho é tema de grande relevância, tanto do ponto de vista da saúde pública, na dimensão coletiva, quanto das possibilidades de inclusão do indivíduo no nosso modelo de sociedade, que valoriza de modo especialmente marcante a produção e a capacidade produtiva.

Dentre nós, num período mais recente, amalgamando e dando concretude aos diferentes aspectos que gravitam entorno da saúde do trabalhador, do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana – fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) – a Constituição brasileira de 1988 plasmou o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Nesse sentido, e novamente com apoio em Aith (2007), é possível afirmar que “o corpo pode ser ao mesmo tempo um instrumento de inclusão (saúde) ou exclusão (doença)” (*op. cit.* p. 49).

A partir de disposições da regência constitucional do direito social à saúde - garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196) – e de atribuições do sistema único de saúde - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (art. 200, VIII) – Costa (2003) descreve o modo de organização das ações da Vigilância Sanitária brasileira como modelos e combinações de modelos institucionais que visam à segurança sanitária e à proteção da saúde. Dentre essas funções inclui a “Normatização e controle de aspectos do ambiente, ambiente e processos de trabalho, e saúde do trabalhador” (COSTA, 2003).

Na legislação trabalhista – CLT - e previdenciária - Lei 8.213/91 -, são várias as disposições concernentes à preservação da saúde do trabalhador. Tanto sob a forma de medidas preventivas quanto de punição ou responsabilização do causador do agravo. Registre-se que a lei previdenciária equiparou as doenças ocupacionais ao acidente do trabalho típico (arts. 19 e 20 da lei 8.213/91).

Embora escape aos objetivos desse estudo o aprofundamento das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca das espécies de doenças ocupacionais, registre-se as suas modalidades: i) doença profissional (tecnopatias) -

produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a de terminada atividade –; e ii) doença do trabalho (mesopatias) – adquirida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado e que com ele se relacione diretamente.

Adiante, e sem o propósito de avançar na rica discussão acadêmica acerca da autonomia e consolidação dos diversos ramos do direito que compõem o sistema jurídico brasileiro, notadamente num cenário de complexas relações estabelecidas entre o direito e a sociedade, assume-se a premissa (AITH, 2007) de que o Direito Sanitário é um ramo especializado do sistema jurídico formado pelo conjunto de normas jurídicas de proteção do direito à saúde no Brasil. Assim, em decorrência das normas e práticas relativas à promoção da saúde do trabalhador, o direito à saúde do trabalhador insere-se, como sub-ramo, no direito sanitário.

Logo, o Direito Sanitário, tendo como sub-ramo o direito à saúde do trabalhador, é o ramo do direito que se ocupa do conhecimento e da aplicação das normas jurídicas, a partir da Constituição, voltadas à proteção do direito à saúde.

Interessante registrar que a inclusão do direito à saúde do trabalhador no complexo maior formado pelo Direito Sanitário, ao menos no que diz respeito aos destinatários da rede de proteção pública, recupera a origem do sistema de saúde no Brasil que, antes do movimento da reforma sanitária, da década de 1980, limitava-se aos trabalhadores regulares. Registrando a restrição dos beneficiários naquele período, a observação de Delduque (2008, p. 105): “Não faz muito tempo, a saúde era garantida somente àqueles com carteira de trabalho assinada e mediante contribuição ou àqueles que pudessem pagar por ela”.

Desse modo, como conclusão parcial, é possível compreender o direito à saúde do trabalhador como sub-ramo do Direito Sanitário, tendo como objetivos específicos as ações voltadas para a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde do trabalhador, causados pelo trabalho.

2 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

2.1 Histórico do adicional de insalubridade

Para a devida contextualização do estudo é importante registrar a forte inter-relação existente entre o ser humano e o trabalho em sociedades ocidentais como a nossa. Indo além do aspecto material, e das necessidades de subsistência, o trabalho surge como importante espaço de construção da identidade do indivíduo.

A relevância do trabalho para o homem foi sintetizada por Arendt (2010, p. 122), na ideia de que

Tudo o que o trabalho produz destina-se a alimentar quase imediatamente o processo da vida humana, e esse consumo, regenerando processo vital, produz – ou antes, reproduz – nova “força de trabalho” de que o corpo necessita para o seu posterior sustento.

Ainda assim, é necessário recuperar a noção de que o surgimento do Direito do trabalho é atribuído ao conjunto de fatores vigentes a partir da Revolução Industrial, no século XVIII. Segundo Olea (1984) teria sido engendrado como solução jurídica para proteger o proletariado da abjeta e desumana situação em que trabalhava e vivia.

O cenário das condições de vida, de saúde e de trabalho do proletariado é pintado em cores sombrias por Sussekind (1993, p. 35):

No seu inframundo repululava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado.; vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela instabilidade do emprego; atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança da invalidez da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo.

Como uma das ferramentas para o enfrentamento da questão social, a compensação pelo trabalho em condições insalubres surge com o objetivo de melhorar a alimentação do trabalhador.

A premissa de que tendo melhor resistência física, tornar-se-ia mais produtivo, enfrentando jornadas diárias de trabalho que chegavam há dezesseis horas era falsa. Silva (2011) relata que com o tempo, tanto a Inglaterra – 1760 -

quanto os Estados Unidos – 1830 - aboliram o pagamento do adicional. Constatou-se que a melhoria na alimentação não evitava as doenças ocupacionais e os trabalhadores, por sua vez, procuravam as atividades insalubres buscando os ganhos salariais.

No Brasil, o adicional de insalubridade foi criado pela Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, que instituiu as Comissões de Salário⁷, com a competência de determinar o valor do salário mínimo. Dispositivo bastante sucinto, embutido na lei, permitia que o salário mínimo dos trabalhadores ocupados em serviços insalubres fosse aumentado, até a metade:

Art. 2º Salário mínimo é a remuneração mínima devida ao trabalhador adulto por dia normal de serviço. Para os menores aprendizes ou que desempenhem serviços especializados é permitido reduzir até de metade o salário mínimo e para os trabalhadores ocupados em serviços insalubres é permitido aumentá-lo na mesma proporção.

Logo, assim como nos países centrais da Revolução Industrial, o adicional também surge atrelado ao propósito de assegurar a ração⁸ de subsistência dos trabalhadores.

A lei foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 399, de 30 de abril de 1938, quando então foi esclarecido que o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio organizaria o quadro das indústrias insalubres que, pela natureza ou método de trabalho, fossem suscetíveis a determinar intoxicações, doenças ou infecções:

Art. 4º Quando se tratar da fixação de salário mínimo a trabalhadores ocupados em serviços insalubres, poderão as Comissões de Salário Mínimo aumentá-lo até de metade do salário mínimo normal da região, zona ou sub-zona.

§ 1º O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio organizará, dentro do prazo de 120 dias, contados da publicação deste

⁷ As Comissões de Salário Mínimo, constituídas no âmbito do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, eram compostas por número variável de integrantes - mínimo de cinco e máximo de onze – representando empregados e empregadores, sendo o presidente – pessoa de notória capacidade moral, versada em assuntos de ordem econômica e social – nomeado pelo Presidente da República. Para tanto, o país foi dividido em 22 regiões, cada uma com uma Comissão, correspondentes aos 20 Estados, Distrito Federal e Território do Acre.

⁸ O art. 2º do Decreto-Lei nº 399, de 1938, esclarece que a remuneração mínima deve ser capaz de satisfazer as necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. No anexo V, a norma relaciona o Grupo de alimentos equivalentes aos da Ração-Tipo.

regulamento, o quadro das indústrias insalubres que, pela sua própria natureza ou método de trabalho, forem susceptíveis de determinar intoxicações, doenças ou infecções.

Em 1º de maio de 1943 o Ministro Alexandre Marcondes Filho apresentou ao Presidente Getúlio Vargas a consolidação de leis que foi editada como o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (DOU 09.05.1943), com o nome de Consolidação das Leis do Trabalho.

Antecedida por um período em que proliferaram leis trabalhistas esparsas, a Consolidação das Leis do Trabalho, uma marca dos feitos do trabalhismo getulista, teve o mérito de aglutinar a matéria trabalhista num único corpo legal, como é próprio das codificações.

Necessário referir que, no universo político, poucas personalidades brasileiras possibilitam análises tão antagônicas quanto Getúlio Vargas. No que diz respeito à organização sindical e à regulação do trabalho, por exemplo, são bastante comuns as críticas que vinculam as iniciativas de então ao fascismo e à Carta Del Lavoro, da Itália de Mussolini. Fausto (1999) sintetiza a crítica ao período nos seguintes termos:

Chovendo no molhado, lembro, por exemplo, que a moldura sindical do Estado Novo teve forte influência da Carta del Lavoro, vigente na Itália de Mussolini, e que as técnicas de propaganda estado-novistas foram muito influenciadas pelo exemplo nazi-fascista.

Assim, a CLT, na redação conferida pela Lei nº 6.514, de 1977, dedica ao adicional de insalubridade a Seção XIII do Capítulo V – Da segurança e da Medicina do trabalho.

Define como atividades insalubres aquelas que exponham os empregados a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância: em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Atribui ao Ministério do Trabalho a responsabilidade pela aprovação do quadro de atividades consideradas insalubres e de normatizar os critérios para a caracterização da insalubridade:

Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.
Parágrafo único - As normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos.

Estabelece as situações em que deve ser considerada eliminada ou neutralizada a insalubridade, com medidas ambientais e de utilização de equipamentos individuais de proteção:

Art. 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:
I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.
Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.

Interessante observar a sutileza de que, ajustando-se à compreensão patrimonial do fenômeno, a CLT primeiro define as situações em que seria caracterizada a insalubridade (arts. 189 e 190) e justificariam, portanto, o recebimento do valor correspondente ao adicional. Somente depois (art. 191) ocupa-se da eliminação ou neutralização, e ainda assim com o enfoque econômico. Essa também foi a compreensão que a jurisprudência do TST teve das normas, anteriormente à Constituição de 1988, como pode ser verificado na redação das Súmulas nº 80, publicada em 1976, e nº 248, publicada em 1986, ambas ainda em vigor:

Súmula nº. 80 - Insalubridade. A eliminação da insalubridade, pelo fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo, exclui a percepção do adicional respectivo.

Súmula nº. 248 - Adicional de insalubridade. Direito adquirido. A reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

Adiante, a CLT fixa (art. 192) o montante do adicional a ser percebido pelo trabalhador, conforme as condições de insalubridade sejam de grau máximo, médio ou mínimo:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Exercendo a competência normativa delegada pelo art. 200 da CLT, no dia 8 de junho de 1978 o Ministério do Trabalho publicou a Portaria 3.214, com atualizações posteriores, contendo as Normas Regulamentadoras da CLT – NR – relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

Uma delas, a Norma Regulamentadora nº 15 (Atividades e Operações Insalubres), define minuciosamente o que deve ser considerada atividade insalubre, com tabelas e anexos para uma série de agentes⁹ agrupados da seguinte forma: ruído contínuo ou intermitente; ruído de impacto; calor; radiação ionizante; condições hiperbáricas; radiação não ionizante; vibrações; frio; umidade; agentes químicos; poeiras minerais; agentes biológicos.

Meio século depois, superando momentos altos (poucos) e baixos (muitos) em nossa experiência democrática, em 1988 os brasileiros foram apresentados à Constituição Cidadã¹⁰.

A nova Carta, que desde o seu preâmbulo anuncia a instituição de um Estado Democrático de Direito, no Capítulo dos Direitos Sociais, cuidou do tema:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)

⁹ A Norma é bastante extensa. São muitas situações e agentes agressivos que dão direito ao adicional. A versão impressa da Editora Atlas (Manual de Legislação Atlas – Segurança e Medicina do Trabalho, 59ª Ed., 2006) conta com 42 páginas dedicadas a tabelas, Anexos e regulamentações.

¹⁰ Expressão que se tornou célebre nas manifestações do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, entre 1987 e 1988, Deputado Ulisses Guimarães.

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

É possível observar que na Constituição de 1988 ocorre evidente inversão na compreensão e regulação do fenômeno – insalubridade no trabalho - regulado por normas infraconstitucionais na ordem anterior.

Dentro do art. 7º, o adicional de remuneração para atividades insalubres (inciso XXIII) está posicionado em inciso posterior àquele que confere aos trabalhadores o direito de verem melhorada sua condição social por meio de normas que reduzam os riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII).

E a mudança não é apenas topográfica. O adicional de remuneração para atividades insalubres vem após as disposições gerais do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais, e dos Direitos e Garantias Fundamentais que enunciam e priorizam fundamentos, direitos e garantias – inclusive a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a saúde.

Ainda que não aponte necessariamente para uma conclusão definitiva acerca da anacrônica disposição da setuagenária CLT que autoriza o trabalho em condições gravosas à saúde do trabalhador, interessante verificar que leis esparsas e setORIZADAS, mais recentes, disciplinam a matéria de modo diverso.

A Lei de Execução Penal – lei nº 7.210, de 1984 -, que classifica o trabalho do condenado como dever social (art. 28), ao qual ele está obrigado (art. 31), exclui expressamente a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT ao trabalho do preso (art. 28, §2º) e determina a observância, nas organizações e nos métodos de trabalho, das precauções relativas à segurança e à higiene. Não há previsão de um adicional financeiro, tal como ocorre na CLT, pela exposição do condenado que trabalha a condições que causem agravos à sua saúde.

Portanto, nem mesmo nessa situação de extremada segregação social, com severa restrição da liberdade há a previsão para o trabalho em condições que agridam consciente e deliberadamente à saúde do trabalhador.

A situação se repete em relação ao trabalho do adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente – lei nº 8.069/90 – veda o trabalho perigoso, insalubre,

penoso ou realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social (art. 67).

O Estatuto do Idoso - lei nº 10.741, de 2003 -, por sua vez, criminalizou a conduta daquele que expõe o idoso a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado (art. 99).

Registre-se de passagem que, nesse meio termo, foi aprovada, em Genebra, em 1983, a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho – OIT tratando da Saúde e Segurança dos Trabalhadores - normativa internacional ratificada pelo Brasil em 1992 e que é praticamente ignorada dentre nós no que diz respeito à prevenção de doenças ocupacionais.

No art. 3º, 'e', a Convenção define o que deve ser entendido por saúde no trabalho.

e) o termo saúde, em relação com o trabalho, abrange não somente a ausência de afecções ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho.

A Convenção obriga os Membros da OIT a uma postura primordialmente preventiva, reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho. Devem por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho (art. 4º, 2), com o objetivo de prevenir os acidentes e os danos à saúde.

2. Esta política terá por objetivo prevenir os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade de trabalho ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Sob o ponto de vista da ação individual do trabalhador – direito de resistência – a Convenção determina que as medidas preventivas não devam acarretar-lhe ônus financeiro (art. 21); e, mais importante, deve estar protegido (arts. 19, f, e 21) das consequências da interrupção do trabalho caso esteja trabalhando em situação de perigo para sua vida ou sua saúde.

Artigo 13 - De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá proteger-se de consequências injustificadas

a todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por acreditar, por motivos razoáveis, que esta envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.

Artigo 19, f - o trabalhador informará de imediato ao seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que ao seu juízo envolva, por motivos razoáveis, um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde; enquanto o empregador não tenha tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores que reiniciem uma situação de trabalho onde exista com caráter contínuo um perigo grave e iminente para sua vida ou sua saúde.

Artigo 21 - As medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar em nenhuma carga financeira para os trabalhadores.

As instigantes possibilidades desses dispositivos não serão aprofundadas nesse estudo. Todavia, é digno de nota que, reconhecendo a relevância da postura preventiva em face dos agravos que condições inadequadas de trabalho podem acarretar à saúde, a norma da OIT sinaliza para a superação dos limites impostos pela Lei de Greve – Lei nº 7.783, de 28/06/198 – que apenas considera legítima a suspensão¹¹ coletiva da prestação pessoal de serviços:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Para tornar efetiva a postura preventiva, a Convenção determina (art. 9. 2) que o Membro adote as medidas necessárias, com um sistema de controle que preveja sanções adequadas em caso de infração das leis e regulamentos: “O sistema de controle deverá prever sanções adequadas em caso de infração das leis ou dos regulamentos”.

Também para tornar efetiva a prevenção, a Convenção estabelece (art. 11, b) que sejam levados em consideração os riscos para a saúde da exposição simultânea a várias substâncias ou agentes:

b) a determinação das operações e processos que estarão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, bem como a determinação das substâncias e agentes aos quais a

¹¹ Melo (2006) discorre sobre a greve atípica, especificamente na defesa do meio ambiente de trabalho hígido.

exposição no trabalho estará proibida, limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão levar-se em consideração os riscos para a saúde causados pela exposição simultânea a várias substâncias ou agentes;

No ponto, é inevitável a indagação quanto à adequação da sanção pecuniária prevista na CLT (percentual do salário mínimo) para o trabalho em condições insalubres, e do entendimento que considera indevida a cumulação de adicionais pela exposição concomitante a agentes insalubres e perigosos por exegese¹² do art. 193, §2º, da CLT, “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”, combinado com a NR15 (item 15.3): “no caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa”.

Essas questões específicas serão enfrentadas nos capítulos seguintes.

Ajustando-se à realidade e reconhecendo que pode haver dificuldades intransponíveis no que diz respeito às ações preventivas dos empregadores, a Convenção 155 restringe as exigências ao que for razoável e factível:

Artigo 16

1. Deverá exigir-se dos empregadores que, na medida em que seja razoável e factível, garantam que os lugares de trabalho, a maquinaria, o equipamento e as operações e processos que estejam sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores.

2. Deverá exigir-se dos empregadores que, na medida em que seja razoável e factível, garantam que os agentes e as substâncias químicas, físicas e biológicas que estejam sob seu controle não envolvem riscos para a saúde quando se tomam medidas de proteção adequadas.

3. Quando for necessário, os empregadores deverão fornecer roupas e equipamentos de proteção apropriados a fim de prevenir, na medida em que seja razoável e factível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde.

¹² É nesse sentido a jurisprudência do TST: E-RR nº 496.019/1998, julgado em 2003; RR nº 473.888/1998, julgado em 2002; e RR nº 576737/1999, julgado em 2002. Disponível em <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>. Consultado em 14/2/2012.

Esse ponto também será retomado quando da discussão de alternativas de entendimentos para o direito ao adicional de insalubridade.

Como foi visto, embora tenha origem numa época de triste memória, sob o ponto de vista das condições de vida dos trabalhadores, na transição do modo de produção – Revolução Industrial -, é longa a história do adicional de insalubridade, que se mantém, no Brasil, em leis e Normas de um período que antecede à Constituição de 1988.

A tarefa que se descortina, nos tópicos seguintes, consiste justamente em analisar a compatibilidade do instituto e das práticas interpretativas a partir das várias disposições constitucionais que definem os direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos trabalhadores.

2.2 O tradicional entendimento jurisprudencial e doutrinário

No tópico anterior foi demonstrado que o adicional de remuneração para atividades insalubres está posicionado em inciso posterior àquele que confere o direito dos trabalhadores de verem melhorada sua condição social por meio de normas que reduzam os riscos inerentes ao trabalho, ambos no art. 7º da Constituição.

Assim, em análise preliminar, seriam três as possibilidades de compatibilização entre os dois dispositivos:

a) a primeira, consideraria o adicional de remuneração para as atividades insalubres uma espécie de benefício compensatório e subsidiário ao trabalhador, nas situações em que a atividade mostrar-se indispensável para a comunidade, e as exigências de medidas preventivas extrapolarem o que for considerado razoável e factível

Fora disso, a disposição do próprio corpo, com diminuição permanente da integridade física, ou a submissão a procedimento que comporte risco de vida, encontra vedação inclusive na norma que rege as relações comuns - Código Civil de 2002 (arts. 13 a 15).

Considerando-se lícita a atividade insalubre de risco empreendida - o que torna restritas as hipóteses de sua ocorrência - o adicional de remuneração surgiria

como espécie de reparação pelo dano, em decorrência do mero risco da atividade (aplicação dos artigos 5º, V e X, da Constituição combinado com 927, parágrafo único do CC):

Constituição - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Código Civil - Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, a responsabilidade do causador do dano à saúde seria objetiva (art. 927, parágrafo único do CC), sendo que a indenização – resposta ao agravo – deveria compreender o que o trabalhador perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, guardando proporcionalidade com o dano à saúde (vida) da vítima (art. 5º, V e X, da Constituição).

Sem causar maiores estranhamentos, assim estão reguladas as relações privadas (art. 402 do CC), em que não vigem os princípios tutelares¹³ que justificam a própria existência do Direito do Trabalho:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Portanto, nas escassas hipóteses em que o adicional seria admitido pela nova ordem constitucional, o seu valor certamente não poderia estar limitado a um

¹³ Plá Rodrigues (2000) leciona que o princípio da proteção (tutelar, protetivo ou tuitivo) norteia o Direito do Trabalho, garantindo a igualdade jurídica do empregado, hipossuficiente na relação empregatícia, com o empregador.

percentual do salário mínimo, como dispõe a CLT - norma da primeira metade do século passado.

b) a segunda, nas hipóteses em que for postulada a reparação pelo dano já consumado à saúde do trabalhador, submetido a ambiente insalubre. Trata-se do legítimo exercício do direito constitucional de acesso ao Judiciário em busca da reparação da lesão a direito por ato ilícito – tutela ressarcitória -, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e ainda dos arts. 186 187 e 927 do CC:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A distinção entre as tutelas ressarcitória e a inibitória, que será explorada nos capítulos seguintes, é apresentada com propriedade por Marinoni (1997, p. 62), nos seguintes termos:

A técnica da tutela inibitória, de fato, é voltada para o futuro; não tem por escopo reparar um direito já violado. O que diferencia, nitidamente, a tutela inibitória da tutela ressarcitória, é que a primeira objetiva evitar o ilícito, enquanto que a segunda proporciona apenas a reparação pela violação do direito.

Cabem aqui as mesmas observações feitas anteriormente quanto ao valor do adicional que, como resposta ao agravo – deveria compreender o que o trabalhador perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar.

Acrescente-se que, em se tratando de prática ilícita, a fixação da compensação pelo agravo à saúde deveria ser acrescida de parcela com o propósito de desestímulo, pois a conduta causa evidente desequilíbrio social, com efeitos deletérios inclusive sobre os recursos públicos destinados à saúde, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

Discorrendo sobre o valor de desestímulo, noutro contexto, Medeiros Neto (2007, p. 159) esclarece que:

É imperioso, pois, que o lesante aprenda, pela sanção pecuniária imposta, a força da reprovação social e dos efeitos deletérios

decorrentes da sua conduta. Somente assim é que se poderá atender ao anseio de justiça que deflui do seio da coletividade; somente assim é que se possibilitará recompor o equilíbrio social rompido; somente assim a conduta violadora de direitos essenciais da coletividade não será compensadora para o ofensor; e somente assim haverá desestímulo, no universo social, quanto à repetição de condutas de tal jaez, para o bem de toda coletividade.

c) a terceira hipótese seria àquela em que se consideram recepcionados os dispositivos infraconstitucionais que permitem o trabalho em condições insalubres, contanto que seja pago o adicional o respectivo.

Transforma-se o encargo do empregador em espécie de obrigação alternativa - (art. 252/CC): “Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou” - podendo optar, conforme lhe seja mais conveniente (em geral o que for mais barato!), por manter o meio ambiente de trabalho hígido ou pagar o adicional de insalubridade.

Sob outro enfoque, promove-se a leitura invertida das disposições do art. 7º da Constituição. Contanto que pague o adicional (inciso XXIII), o empregador poderia exigir o trabalho em condições insalubres, pois o empregado “se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal” (art. 456, Parágrafo único, da CLT), podendo, em eventual recusa, incorrer nas hipóteses de justa causa por indisciplina ou insubordinação (art. 482, “h”, da CLT).

O entendimento ignora que nas disposições do art. 7º estão relacionados direitos do trabalhador, que visam “à melhoria de sua condição social” (caput); e, especialmente, ignora o direito do trabalhador à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII).

Nessa situação, restaria ao judiciário discutir os limites toleráveis da agressão para que seja devido o adicional e a base de cálculo da parcela.

Por incrível que pareça, conquanto os dois primeiros entendimentos estejam em harmonia com o conjunto de disposições que definem os direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos trabalhadores, inclusive a prioridade na preservação da saúde, vem prevalecendo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o último entendimento explicitado.

Por ora, ainda que o tema vá ser aprofundado nos próximos capítulos, importa registrar que, no que interessa aos objetivos desse estudo: preservação da

saúde do trabalhador dos riscos do trabalho; a Constituição brasileira de 1988 representou inovação de monta¹⁴ e está sendo ignorada.

Mostra-se problemático o entendimento jurisprudencial que continua admitindo o trabalho habitual em condições insalubres mediante o pagamento do adicional insalubridade¹⁵ que, por definição, supõe a exposição dos trabalhadores a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância.

No início de 2012 a versão eletrônica¹⁶ do Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais - SBDI-1, SBDI-2 e SDC e Precedentes Normativos do TST mantinha 28 enunciados de jurisprudência que conferem efeitos meramente patrimoniais ao habitual labor em ambiente insalubre. Alguns desses verbetes, inclusive, têm origem em entendimentos construídos¹⁷ a partir da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT¹⁸, firmados anteriormente à Constituição de 1988.

Trata-se de uma prática que, embora sedimentada na jurisprudência, reflete o entendimento mercantilista acerca do direito fundamental do trabalhador à saúde. Assim, inobstante a vigência de uma nova Constituição, o empregador, dentro da lógica competitiva que rege os mercados, mantém a prerrogativa unilateral de eleger o comportamento menos dispendioso: a preservação do meio ambiente de trabalho hígido ou o pagamento do adicional pelo agravo à saúde dos trabalhadores.

Necessário questionar, também, os manuais de Direito do Trabalho que reproduzem acriticamente o entendimento dominante na jurisprudência que confere

¹⁴ A Constituição de 1934, em dispositivo da Ordem Econômica e Social, conjugava a promoção e o amparo à produção e os interesses econômicos do País com a vaga ideia de proteção social do trabalhador. As Constituições de 1937, 1946 e 1967 continham disposições semelhantes.

¹⁵ O art. 189 da CLT, na redação determinada pela Lei 6.514/1977, considera atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

¹⁶ Disponível na internet na URL: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html (Consultado em 12/2/2012).

¹⁷ A redação original da Súmula nº 139, que admite a integração do adicional de insalubridade à remuneração, é de 1982, fazendo referência ao pagamento em caráter permanente. Logo, admite a exposição permanente ao meio ambiente do trabalho agressivo.

¹⁸ O Decreto-Lei nº 5.452 do Presidente Getúlio Vargas que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, é de 1º/5/1943.

ao adicional de insalubridade a natureza contraprestacional. Assim, tratam do tema no capítulo da remuneração, como “um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados” (DELGADO, 2009, p. 685).

Assim não chega a ser surpresa que o único Precedente Normativo da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho a tratar da insalubridade (nº 76, de 2009) também se atenha ao aspecto patrimonial:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REFLEXO SOBRE HORAS EXTRAS. REVISÃO DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 67. A remuneração do trabalho extraordinário realizado em condições insalubres deve ter como base de cálculo o salário normal acrescido do adicional de insalubridade. REFERÊNCIA NORMATIVA: art. 59, §1º e art. 192 da CLT.

Concluindo o tópico em que se analisou a manutenção do tradicional entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do adicional de insalubridade, apesar do conjunto de disposições da Constituição de 1988 que definem os direitos fundamentais, individuais e coletivos dos trabalhadores, inclusive a prioridade na preservação da saúde, é possível assinalar que se trata de uma prática que, embora sedimentada na jurisprudência, reflete o entendimento meramente mercantilista acerca do direito fundamental do trabalhador à saúde.

2.3 A manutenção do entendimento apesar da nova Constituição: um caso concreto.

A crítica à manutenção do tradicional entendimento acerca do adicional de insalubridade, ao lado da relação de agentes agressivos constantes da Portaria do Ministério do Trabalho – NR15 – (agrupados em: ruído contínuo ou intermitente; ruído de impacto; calor; radiação ionizante; condições hiperbáricas; radiação não ionizante; vibrações; frio; umidade; agentes químicos; poeiras minerais; agentes biológicos) pode ser insuficiente para a visualização do alcance da ameaça à saúde dos trabalhadores.

Por isso, visando ilustrar e trazer para o mundo concreto o objeto do estudo, ainda que não haja o propósito de analisar particularmente a situação dos diferentes agentes agressores e nem aprofundar especificamente a questão

submetida ao Legislativo e ao Judiciário¹⁹, que diz respeito ao eventual banimento do amianto, é pertinente trazer uma questão atual, e da maior relevância, envolvendo o manuseio do asbesto (amianto) pelos trabalhadores.

No início de 2012 a imprensa brasileira deu grande destaque a um processo da Justiça italiana em que dois ex-executivos de uma empresa foram julgados por negligência que teria resultado em duas mil mortes relacionadas à exposição ao amianto. A página eletrônica do Jornal O Globo²⁰, por exemplo, exibiu a seguinte mensagem:

TURIN, Itália – Um tribunal italiano condenou nesta segunda-feira um magnata suíço e um barão belga a 16 anos prisão por atos de negligência que levaram a mais de duas mil mortes relacionadas ao manuseio de amianto, no maior julgamento do gênero já acontecido no país.

Na foto que ilustrava a matéria constava a referência ao protesto dos trabalhadores, em frente tribunal:

Mineiros usando capacetes com a frase “assassinato em massa, Eternit, justiça” protestam diante do tribunal onde dois ex-executivos da empresa foram julgados por negligência em duas mil mortes relacionadas ao amianto.

Enquanto isso, no Brasil, também no início de 2012, o pesquisador da Fiocruz Hermano Albuquerque de Castro, está sendo interpelado judicialmente pelo Instituto Brasileiro de Crisotila²¹, entidade que reúne a indústria do amianto, acerca de declarações e pesquisas que indicariam ser o amianto um resíduo cancerígeno para quem o manipula. A propósito do tema a Presidência da Fiocruz, divulgou nota em que “lamenta a tentativa de intimidação e de se criar barreiras à liberdade de expressão e de pesquisa científica”²².

¹⁹ O STF enfrentou a questão na ADI 3937. Há intensa disputa acerca de projetos dispendo sobre a regulamentação ou proibição da utilização do amianto na Câmara dos Deputados.

²⁰Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/italia-condena-dois-por-mortes-relacionadas-ao-amianto-3959274>. Consultado em 14/02/2012.

²¹Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/cienciaesaude/ultimas-noticias/estado/2012/02/10/industria-do-amianto-pede-explicacao-a-medico.jhtm>. Consultado em 14/2/2012.

²² Site da Fiocruz. Disponível em: <http://www.fiocruz.br>. Consultado em 14/2/2012.

Retomando o enfoque específico desse estudo, mas ainda tendo como pano de fundo a questão dos agravos à saúde dos trabalhadores pelo contato com o amianto, Castro (2003) informa que se trata de substância de “comprovado potencial cancerígeno em quaisquer das suas formas ou em qualquer estágio de produção, transformação e uso”, estando relacionada a diversas formas de doença pulmonar (asbestose, câncer pulmonar e mesotelioma de pleura e peritônio). A informação mais grave, contudo, é a de que não há “nenhum limite seguro de exposição para o risco carcinogênico”.

Apesar do alerta dos estudiosos de que não há limite seguro na exposição ao agente agressor, a Justiça brasileira continua tendo que enfrentar demandas judiciais em que se discute o direito ao adicional de insalubridade pela exposição ao asbesto – aspecto exclusivamente monetário -, segundo os limites de tolerância fixados na Norma Regulamentadora NR15 do Ministério do Trabalho, e seu Anexo 12, que dispõem sobre as atividades e operações insalubres, com a cautela normativa de exonerar o empregador pelo pagamento simultâneo de mais de uma adicional, mesmo que haja a exposição concomitante a mais de um agente agressor:

15.1 São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

(...)

15.1.1 Acima dos limites de tolerância previstos nos Anexos nºs 1, 2, 3, 5, 11 e 12;

(...)

15.2 O exercício de trabalho em condições de insalubridade, de acordo com os subitens do item anterior, assegura ao trabalhador a percepção de adicional, incidente sobre o salário mínimo da região, equivalente a: (115.001-4/ I1)

15.2.1 40% (quarenta por cento), para insalubridade de grau máximo;

15.2.2 20% (vinte por cento), para insalubridade de grau médio;

15.2.3 10% (dez por cento), para insalubridade de grau mínimo;

15.3 No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa.

(...)

ANEXO Nº 12

LIMITES DE TOLERÂNCIA PARA POEIRAS MINERAIS
ASBESTO

1. O presente Anexo aplica-se a todas e quaisquer atividades nas quais os trabalhadores estão expostos ao asbesto no exercício do trabalho.

(...)

12. O limite de tolerância para fibras respiráveis de asbesto crisotila é de 2,0 f/cm³. (115.033-2 / I4)

12.1 Entende-se por "fibras respiráveis de asbesto" aquelas com diâmetro inferior a 3 (três) micrômetros, comprimento maior que 5 (cinco) micrômetros e relação entre comprimento e diâmetro superior a 3:1.

Em 2007, a página eletrônica do TST noticiou, e houve destaque na mídia, que a Terceira Turma do TST, analisando processo²³ contra a mesma empresa a que refere o processo italiano, decidiu que, no caso da exposição ao amianto, somente o exercício do trabalho em condições insalubres – leia-se: acima dos limites de tolerância fixados pela Norma do Ministério do Trabalho - assegura a percepção do adicional de insalubridade.

O informativo esclarece que a decisão do TST, que restabeleceu a sentença de primeiro grau, fundamentou-se no “artigo 189 da CLT, que estabelece que somente o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância fixados em lei, assegura o direito ao adicional de insalubridade”²⁴.

O caso revela outro dado desalentador e emblemático da cultura sedimentada, que demonstra que a questão não se resume à distorção do entendimento jurisprudencial: a ação foi proposta por Sindicato.

Às entidades sindicais o constituinte de 1988 (art. 8º) conferiu uma série de prerrogativas, justamente visando à defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

O Sindicato, portanto, seria o legitimado por excelência para a defesa, em primeiro lugar, da higidez do meio ambiente de trabalho ainda durante a vigência do contrato de trabalho. Pois em nosso sistema, dadas as frágeis garantias contra a dispensa imotivada, são compreensíveis as dificuldades para uma demanda individual do trabalhador, durante o vínculo de emprego, tornando voz corrente a afirmação de que a Justiça do Trabalho brasileira vai se definindo como Justiça de desempregados.

²³ RR 360/1994-657-09-00.1

²⁴ Disponível em:

http://www.tst.jus.br/noticias?p_p_auth=RNhHM3D9&p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=279269&_15_version=1.0. Consultado em 14/2/2012.

Noutro viés, os Sindicatos, como representantes das Categorias Profissionais, estão legitimados tanto para a negociação coletiva que envolva conflito de interesses da categoria com os empregadores, ou Sindicatos Patronais, quanto para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, em que esses conflitos são levados ao Poder Judiciário – colegiados especializados da Justiça do Trabalho para Dissídios Coletivos -, podendo resultar numa sentença normativa.

Conforme registra Delgado (2009), o dissídio coletivo de natureza econômica, que tem previsão no art. 114 da Constituição, é fruto do poder normativo da Justiça do Trabalho, sendo também uma fonte do Direito do Trabalho, criando, modificando ou extinguindo direitos, com aplicação aos contratos de trabalho da categoria.

Apenas com o intuito de ilustrar a distorção que vem sendo apontada, a busca aleatória a julgados recentes da Seção de Dissídios Coletivos na página eletrônica do TST indica que o adicional de insalubridade continua presente nas Cláusulas Econômicas dos Dissídios Coletivos de natureza econômica, sendo reivindicado pelos Sindicatos de trabalhadores e incluído nas propostas do patronato (TST-DC-6535-37.2011.5.00.0000, SDC, julgado 11/11/2011) ²⁵, e estabelecido nas cláusulas normativas que fixam o pagamento do adicional para os contratos de trabalho, com vigência para o futuro (TST-RO-326200-57.2008.5.04.0000, SDC, julgado em 8/8/2011) ²⁶.

Percebe-se, no particular, que os entes coletivos que representam os trabalhadores continuam buscando benefícios econômicos ao invés de defender a saúde dos trabalhadores. É mais uma faceta da dificuldade em ajustar o entendimento tradicional ao potencial normativo e contrafático da nova Constituição, tema a ser explorado no capítulo que trata do novo constitucionalismo.

Registre-se que a reflexão não incorpora necessariamente uma visão simplificadora ou pessimista em relação ao papel do Tribunal Superior do Trabalho.

²⁵ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>. Consultada em 15/2/2012.

²⁶ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>. Consultada em 15/2/2012.

Ao contrário, como indutor de comportamentos e práticas, e considerando suas relevantes atribuições e competências, definidas na Constituição e na legislação ordinária, vislumbra-se a possibilidade de que a jurisprudência sinalize comportamentos que se harmonizem com os valores e princípios constitucionais.

Fazendo um fechamento parcial das ideias que vêm sendo desenvolvidas, é possível registrar que a profusão de verbetes de jurisprudência que assimilam, corroboram e indicam o caráter contraprestacional do labor habitual em condições agressivas ao trabalhador, em contrariedade às disposições constitucionais que priorizam o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido, sinaliza a existência de práticas sociais e judiciais que, para além de uma suposta engenhosa e cerebrina discussão acadêmica, deve gerar resultados preocupantes no que diz respeito à infortunistica do trabalho: acidentes, invalidez e óbito ligado ao trabalho. Esse é precisamente o objeto do próximo capítulo.

3 DOENÇAS OCUPACIONAIS: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

3.1 O trabalho em ambiente agressivo gera agravos à saúde.

Já foi registrado que é antiga a preocupação dos estudiosos com os possíveis agravos à saúde, em decorrência do trabalho. Remonta ao século XVIII a associação entre os agravos à saúde e a exposição a produtos químicos, poeira, metais e outros agentes encontrados no ambiente de trabalho (RAMAZZINI, 2000).

Relembrando que a lei previdenciária equiparou as doenças ocupacionais ao acidente do trabalho típico (arts. 19 e 20 da lei 8.213/91), é impactante a força da afirmação de Pelegrino (1988, p. 67), acerca da tragédia, social e humana, representada pelos acidentes de trabalho identificados como

a arma mais perigosa que existe no mundo. Tanto que as pesquisas apontam ter ele matado muito mais que a segunda grande guerra mundial. E é ainda o acidente a pior força de destruição de lares que existe neste planeta.

E pouco disso deve ser atribuído ao acaso. Soa mesmo como um despropósito a corriqueira exclamação de que seriam: fatalidades da vida!

Na atualidade, também pouco contribui para a construção de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social²⁷, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana²⁸, encarar como “reveses da fortuna”²⁹ as doenças e os “acidentes súbitos e fortuitos inseparáveis do trabalho industrial”³⁰.

²⁷ Preâmbulo da Constituição de 1988.

²⁸ Art. 1º, III, da Constituição de 1988.

²⁹ Mesmo sob o ponto de vista teológico, considerando a evolução da tecnologia e das ciências, talvez seja necessária nova leitura da advertência do Papa Leão XIII (1891) ao “clamar vingança ao céu” contra os ávidos patrões e “especuladores, que abusam, sem nenhuma discricção, tanto das pessoas como das coisas”, explorando a pobreza, a miséria e a indigência “reprovadas pelas leis divinas e humanas” – Carta Encíclica “*Rerum Novarum*” do Papa Leão XIII, sobre as condições dos operários. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Consultado em 14/2/2012.

³⁰ Papa Leão XIII, *op. cit.* A Carta Encíclica *Rerum Novarum* (coisas novas), publicada pelo Papa Leão XIII, em 1891, é indicada como uma das referências da fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. A evolução da abordagem da Igreja Católica, na perspectiva preventiva, e especificamente a inclusão do ambiente de trabalho dentre os determinantes sociais da saúde, será retomada em capítulos seguintes tendo em vista a Campanha da Fraternidade da CNBB/2012, que tem por tema o oportuno tema: Fraternidade e Saúde Pública.

Dentre nós também há antigas advertências quanto à preocupação que é preciso ter com o trabalhador e com os riscos das ocupações. No ensaio com o sugestivo título “De que Adoecem e Morrem os Trabalhadores”, em que analisa as condições de trabalho no campo, Pina Ribeiro (1984) descreve o processo de tomada de consciência da realidade

Lenta e gradualmente os trabalhadores se apercebem que ambientes e condições de trabalho têm outras determinantes sociais internas e externas. Internamente, são os donos das empresas; externamente, a classe à qual eles pertencem. A classe empresarial impõe, por força dos seus interesses econômicos, não só as condições de trabalho, mas também o modo de viver, adoecer e morrer da classe trabalhadora...

Para os propósitos desse estudo, até porque há disposição legal reconhecendo a relação entre o agravo à saúde e o correspondente direito ao adicional de insalubridade, mostra-se impertinente o aprofundamento da discussão acerca da teoria dos determinantes sociais da saúde.

Ainda assim, registre-se que segundo Rouquayrol (1983) a determinação da causalidade dos eventos que comprometem a saúde é uma das questões centrais da epidemiologia, sendo ao mesmo tempo uma das mais complexas.

De início, a epidemiologia foi influenciada pelo conceito unicausal na determinação das doenças, em razão principalmente do desenvolvimento da microbiologia no final do século passado. Segundo essa concepção, cada doença infecciosa relacionava-se com um agente etiológico específico.

Modernamente, há convergência entre os estudiosos dos processos de saúde e da doença na identificação de um quadro complexo e intrincado de fatores que interferem e interagem no processo de preservação ou comprometimento da saúde de indivíduos e grupos.

Considerando que a doença ocorre num dado ambiente, Rouquayrol (1983) enfatiza a moderna concepção que incorpora a multicausalidade no desencadeamento das doenças. Nessa linha, o estado final provocador de uma doença seria o resultado da sinergia de múltiplos fatores: políticos, econômicos, sociais, culturais, psicológicos, genéticos, biológicos, físicos e químicos.

As coisas se apresentam de modo mais simples nas doenças do trabalho, no que diz respeito à investigação da causalidade, quando este se desenvolve em ambiente agressivo.

Ainda que se revele complexa a tarefa de identificar por inteiro as causas dos acidentes de trabalho, seria mesmo surpreendente que, num contexto em que se assumiu o caráter contraprestacional do labor habitual em condições agressivas ao trabalhador, não fossem produzidos os resultados que, lógica e inevitavelmente, decorrem da contumaz exposição do trabalhador a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância: em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

CLT - Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

A missão é ainda mais simplificada quando se observa que a lei previdenciária - Lei nº 8.213/91 - traz em seu artigo 21 previsão expressa reconhecendo a concausalidade

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

Portanto, há o reconhecimento legal da concausa, admitindo que mais de uma causa concorra para o resultado doença. Oliveira (2008, p. 53) assinala a multiplicidade de situações em que podem apresentar-se as concausa, “por fatores preexistentes, supervenientes ou concomitantes com aquela causa que desencadeou o acidente ou a doença ocupacional”.

Estivéssemos no campo do Direito Penal (Art. 18. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.) e poderia haver especulações sobre o dolo direto, como ação deliberada, ou ao menos eventual, quando o agente causador do dano em face dos meios e modos de agir, assumiu o risco de produzir o resultado, pois há evidente nexo causal como liame unindo a conduta – exposição ao ambiente insalubre – ao resultado produzido

– agressão à saúde do trabalhador, sendo que a contribuição para o resultado final deve ser admitida, nessas situações, ao menos como concausa.

Assinale-se que a determinação da causalidade é de fundamental importância tanto para a restituição integral da vítima – o princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*), deduzido do art. 402 do Código Civil, determina que a reparação do dano deva ser feita de forma completa - no campo da responsabilidade civil quanto para eventual propositura da ação de regresso pela Previdência (Lei nº 8.213/91) contra os responsáveis pela conduta que resultou na concessão de benefícios:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

No que tange à reparação da vítima, a Constituição de 1988 (art. 7º, XXVIII) trouxe inovação de grande relevo ao prever que o recebimento do benefício previdenciário não exclui a indenização a cargo do empregador quando este age com culpa ou dolo no evento:

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Pontue-se que para os propósitos desse estudo a reparação, da vítima e da previdência, assume importante função pedagógica, militando em favor do direcionamento dos comportamentos sociais no sentido da prevenção dos acidentes.

Dentro da abordagem da causalidade dos acidentes de trabalho é necessário referir que, especificamente no caso das doenças cujo aparecimento dos sintomas é diferido no tempo, há situações em que a prática das relações trabalhistas, marcada pela rotatividade da força de trabalho, dificulta (ou mesmo impede) a identificação dos responsáveis pelo dano.

Nesses casos, mostra-se de grande utilidade a aplicação do entendimento contido na Súmula nº 378, II, do TST, contemplando as doenças constatadas após a despedida, que guardem relação de causalidade com a execução do contrato de emprego:

Súmula nº 378 do TST - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART.

118 DA LEI Nº 8.213/1991.
CONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPOSTOS

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Embora o tema não vá ser aprofundado nesse estudo, é relevante assinalar que o entendimento do último verbete da jurisprudência referido, definindo a *actio nata*³¹ em momento que transcende o fim do vínculo de emprego, é essencial para evitar o perecimento da pretensão reparatória pela incidência da prescrição.

Por ora, especialmente considerando a moderna concepção que incorpora a multicausalidade no desencadeamento das doenças e as disposições legais que reconhecem a concausa na infortunística do trabalho, aliada ao banal entendimento que supõe o agravo à saúde como pressuposto para o pagamento do adicional de insalubridade – este como consequência daquele -, não há maiores dificuldades em afirmar que o trabalho em condições ambientalmente adversas é causa de uma série de doenças laborais, ao menos na categoria de concausa. As dificuldades que eventualmente ocorrem estão em outras searas, compreendendo o diagnóstico e a subnotificação. Logo, diante da constatação de enfermidades ligadas ao trabalho e havendo notícias do trabalho em ambiente insalubre, ainda que remotamente no tempo, mostra-se factível a definição da relação de causalidade e a consequente reparação, da vítima e da previdência.

³¹ Nos termos do art. 189/CC, violado o direito, nasce o direito à reparação cuja pretensão do titular se extingue pelo seu não exercício no prazo legal ou convencional: prescrição. O princípio da *actio nata* determina que a prescrição só comece a correr quando o titular do direito violado toma conhecimento de fato e da extensão de suas consequências, sendo de grande relevância nos contratos de trabalho por força do disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição: “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo

3.2 Informações oficiais sobre doenças ocupacionais e seus custos

No início deste tópico é necessário registrar que, por uma série de razões - algumas óbvias, outras nem tanto³² - há indicativos de que os dados oficiais sobre doenças ocupacionais no Brasil padecem do vício da subnotificação.

Em matéria jornalística³³ sobre o chamado Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP, que permite aos médicos peritos do INSS estabelecer a correlação entre a doença do trabalhador e a atividade econômica da empresa – espécie de nexo presumido – o secretário de Políticas de Previdência Social Helmut Schwarzer, afirmou que “muitos empresários evitam assumir os afastamentos por acidente de trabalho para evitar custos com FGTS e a estabilidade do empregado”. Acrescentou que os empregadores “se livram do trabalhador acidentado, socializam o prejuízo e continuam estragando a saúde de outros trabalhadores, sem consertar o que está errado. O nexo é um estímulo para que as empresas melhorem os processos”.

É bastante perspicaz a observação de Oliveira (2008, p. 32) sobre a subnotificação de acidentes do trabalho

Um forte sinal da subnotificação pode ser observado no descompasso estatístico entre os acidentes registrados e a quantidade de mortes. Enquanto o número de acidentes nos últimos trinta anos teve redução significativa, o volume de mortes manteve-se elevado; pode ocorrer ocultação do acidente do trabalho, mas é muito difícil omitir um óbito...

Ainda assim, considerando o que vem sendo dito acerca da banalização do entendimento que autoriza o habitual agravamento à saúde do trabalhador, mediante contraprestação financeira, não surpreende que os dados sobre as ocorrências acidentárias sejam de uma proporção alarmante.

prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

³² Houve uma oficina específica sobre o tema no Fórum Social Mundial de 2003 - Oficina: Subnotificação das Doenças do Trabalhador. Disponível em: http://www.forumsocialmundial.org.br/dinamic.php?pagina=oficina_berlofa. Consulta em 10/02/2012.

³³ Folha de São Paulo, Dinheiro, publicado em 26.07.2007. “Nova regra faz explodir afastamento por acidente.” Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u315254.shtml>. Consultado em 10/2/2012.

O quadro comparativo que segue, utilizando dados oficiais da DATAPREV e do Ministério da Previdência, informa o vertiginoso crescimento no número total de acidentes do trabalho no período compreendido entre 2005 e 2009:

Tabela 1: número total de acidentes de trabalho por ano, de 2005 a 2009

Ano	Nº de acidentes
2009	723.452
2008	755.980
2007	659.523
2006	512.232
2005	499.680

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/prevencao/estatistica.html>. Consultado em 31.1.2012.

As páginas eletrônicas da DATAPREV³⁴ e do Ministério da Previdência Social³⁵ apresentam uma infinidade de dados, gráficos, planilhas e complementos que permitiriam investigações e o cruzamento de informações de grande relevância que, todavia, refogem ao objetivo desse estudo.

Comparado as estatísticas de acidentes do trabalho no Brasil aos números uma guerra civil Oliveira (*op. cit.* p. 33) informa, tragicamente, “que diariamente cerca de 48 pessoas deixam definitivamente o mundo do trabalho no Brasil”.

O autor prossegue (*op. cit.* p. 30) alertando sobre o significado emblemático dos números oficiais:

Essas estatísticas lamentáveis reforçam o paradoxo da situação: o local de trabalho, que deveria servir para o homem ganhar a vida, está se transformando, em muitas ocasiões, em lugar sinistro para encontrar a morte!

³⁴ <http://portal.dataprev.gov.br/>

³⁵ <http://www.previdenciasocial.gov.br/>

Percebendo o grande crescimento das demandas judiciais, de cunho reparatório, referentes a acidentes de trabalho, em 2011 o Tribunal Superior do Trabalho lançou o Programa de Prevenção de Acidentes. A nota de lançamento da campanha³⁶ dá o tom da preocupação, conclamando a sociedade para a necessidade de implantação de políticas efetivas para o enfrentamento do problema:

Acidentes de trabalhos produzem sofrimentos diversos: sofre o trabalhador, a família, o empresariado, o Governo e órgãos judicantes, cada vez mais abarrotados de processos com pedidos de reparação. O programa do TST é uma demonstração de que o Judiciário está preocupado com a questão e, nesse sentido, toma a iniciativa de abrir o debate sobre a necessidade de implantação de políticas efetivas para enfrentar o problema.

A oportuna campanha do TST é um dos motes desse estudo, e será explorada com maior profundidade em outro tópico que discute a oportunidade para a revisão de antigos entendimentos e práticas acerca do adicional de insalubridade.

Por ora, considerando a afinidade do debate com o tema que anima este estudo – especialmente o item 4 -, é relevante transcrever o conteúdo da Carta de Brasília³⁷, divulgada ao final do Seminário de Prevenção de Acidentes do Trabalho, realizado pelo TST em outubro de 2011, e que alinha diretrizes para uma tomada de posição que envolva Estado, empresas, trabalhadores e a sociedade em geral para atacar de forma eficiente o grave problema dos acidentes de trabalho no País.

CARTA DE BRASÍLIA SOBRE PREVENÇÃO DE ACIDENTES DE TRABALHO

Os participantes do Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho, organizado e promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no período de 20 a 21 de outubro de 2011, vêm a público para:

1. expressar perplexidade e preocupação com o número acentuado e crescente de acidentes e doenças relacionados ao trabalho no País, que atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República;
2. alertar as empresas de que acidentes de trabalho são previsíveis e, por isso, evitáveis, razão pela qual prevenção e gestão de riscos constituem investimento, enquanto reparação de danos implica prejuízo;

³⁶ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/prevencao/noticia1.html>>. Consultada em 31.5.2011.

³⁷ Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=13053>. Consulta em 24/10/2011.

3. recordar que é dever do empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho (CLT, art. 157), obrigação do empregado colaborar no seu cumprimento (CLT, art. 158), e atribuição do Estado promover a respectiva fiscalização (CLT, art. 156), de modo a construir-se uma cultura de prevenção de acidentes;
 4. afirmar que um ambiente de trabalho seguro e saudável deve ter primazia sobre o recebimento de adicionais compensatórios pelas condições desfavoráveis;
 5. registrar que o avanço do Direito Ambiental deve alcançar os locais de trabalho, para assegurar aos trabalhadores um meio ambiente seguro, saudável e ecologicamente equilibrado;
 6. exigir o fiel cumprimento do art. 14 da Convenção 155 da OIT, em vigor no Brasil desde 1993, segundo o qual questões de segurança, higiene e meio ambiente do trabalho devem ser inseridas em todos os níveis de ensino e de treinamento, incluídos aqueles do ensino superior técnico e profissional, com o objetivo de satisfazer as necessidades de treinamento de todos os trabalhadores;
 7. conclamar pela ratificação urgente da Convenção 187 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre o Marco Promocional da Segurança e Saúde no Trabalho;
 8. encarecer aos poderes constituídos a implementação, com urgência, de política nacional sobre segurança, saúde e meio ambiente do trabalho;
 9. proclamar a necessidade de maiores investimentos na produção e difusão de conhecimento sobre Segurança e Saúde no Trabalho e Meio Ambiente, bem como de uniformidade e maior presteza na divulgação das estatísticas oficiais relativas aos acidentes de trabalho no País, a fim de auxiliar a implementação de políticas públicas realistas e eficazes;
 10. convocar toda a sociedade para uma mobilização e conjugação de esforços na busca de medidas concretas para reduzir ao mínimo possível os acidentes e doenças relacionados ao trabalho, com os quais todos perdem.
- Brasília, 21 de outubro de 2011.

Logicamente, os custos para a sociedade brasileira também são de uma grandeza estarrecedora, como estampa a nota que segue:

Dados estatísticos do INSS apontam que no Brasil, em 2009, ocorreu cerca de uma morte a cada 3,5 horas, motivada pelo risco decorrente dos fatores ambientais do trabalho e ainda cerca de 83 acidentes e doenças do trabalho reconhecidos a cada uma hora na jornada diária. No mesmo ano, cerca de 43 trabalhadores por dia não retornaram ao trabalho devido à invalidez ou morte. Os benefícios pagos pelo governo, em 2009, a esse título, somam R\$ 14,20 bilhões³⁸.

Como se vê, os benefícios pagos pelo governo em decorrência de acidentes e doenças do trabalho, em 2009, atingiu o montante de R\$ 14,2 bilhões.

³⁸ Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/prevencao/noticia1.html>>. Acesso em 31/5/2011.

Assim, a questão também apresenta grande relevância sob o ponto de vista das finanças públicas, uma vez que mesmo período a proposta orçamentária global do Executivo para o Ministério da Saúde³⁹ foi de R\$ 59,4 bilhões.

Ao lado do drama social e humano que permeia a questão, a simples operação matemática permite concluir que a infortunistica do trabalho consome recursos públicos correspondentes a cerca de 25% do montante de recursos destinados ao Ministério da Saúde que, embora seja enorme, é sempre insuficiente.

A multiplicidade de ramificações e entrecruzamentos de causas e efeitos possíveis para o tema da saúde ocupacional indica a sua transversalidade, impondo a adoção de mais uma delimitação na análise, de modo a conter o indesejável agigantamento do estudo.

Dessa forma, e sem aprofundar a investigação, cabe o registro de que na questão previdenciária há outra importante consequência para a admissão do trabalho habitual em meio ambiente agressivo. Há, no regime geral de previdência social – Lei nº 8.213/1991 -, regra disposta sobre a concessão de aposentadoria especial para segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

De passagem, registre-se que a regra da aposentadoria especial, abreviando o tempo de contribuição, tanto onera o erário, do ponto de vista da coletividade, quanto pode servir de estímulo para que o trabalhador se submeta a condições agressivas de trabalho, do ponto de vista individual. Adiante essas posturas serão cotejadas com as disposições constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana do trabalhador e o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido.

Logo, a adoção de uma severa postura preventiva, alterando a prática reparatória e patrimonialista dos direitos fundamentais, poderia produzir importantes resultados sobre a substancial quantia de recursos despendida com a infortunistica

³⁹ Disponível em: < <http://contasabertas.uol.com.br/WebSite/noticias/detalhenoticias>.

do trabalho. Não é difícil constatar o quanto os recursos eventualmente poupados poderiam ser úteis nas inesgotáveis demandas da saúde e previdência.

Nesse ponto, fazendo uma síntese parcial das informações referentes aos dados oficiais da infortunística do trabalho e da causalidade desses eventos com as precárias condições do ambiente em que o trabalho é realizado, e a imputação da responsabilidade e do ônus aos causadores dos danos individuais e sociais, que tiram proveito da atividade, é importante registrar os contornos de uma verdadeira questão de saúde pública. Assim, justifica-se o propósito do estudo em contribuir para o enriquecimento das abordagens possíveis para o Direito Sanitário.

A abertura do leque de discussões acerca do direito à saúde, para contemplar a dimensão preventiva da saúde ocupacional, em contraposição ao entendimento que mantém a remuneração do agravo habitual à saúde por meio de um adicional de remuneração, apresenta um caminho com amplas possibilidades de contribuição para o reconhecimento do Direito Sanitário como um importante campo de estudos da saúde pública, inclusive no aspecto econômico.

4 A INSALUBRIDADE NO DIREITO COMPARADO

O surgimento e a evolução do Direito do Trabalho têm raízes nos instrumentos jurídicos construídos com o propósito de tornar suportável a precária situação social do trabalhador, notadamente no que diz respeito aos perigos a que estava exposto no ambiente de trabalho. E o enfrentamento dessa dura realidade começou a ser construído nos países centrais da Revolução industrial.

A preocupação com a insalubridade do espaço de trabalho e o adicional devido pelo labor em condições insalubres, como um desses instrumentos, surgiram ainda no século XVIII, tendo sido abandonado em seguida nos países centrais da Revolução Industrial.

Em tempos de globalização e de intensa discussão acerca dos mecanismos de integração entre os países é interessante observar as disposições referentes ao instituto em nações próximas, geográfica ou culturalmente, e que contam com legislação trabalhista editada mais recentemente.

A comparação, a propósito, é ainda mais relevante em razão da expressa previsão legal de que o direito comparado é fonte subsidiária do Direito do Trabalho brasileiro – art. 8º da CLT

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (sem grifo no original)

Em um trabalho de maior fôlego, principalmente considerando a crescente circulação de trabalhadores entre países e as dificuldades daí decorrentes, e os objetivos de integração, seria pertinente a incursão pela legislação de diversas nações e experiências.

Todavia, para os limitados propósitos desse estudo é suficiente uma rápida análise comparativa acerca dos dispositivos referentes ao trabalho em condições insalubres nos países do MERCOSUL – Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai – agregando-se ao menos um país europeu – Espanha – escolhido em

razão da participação de acadêmicos do país ibérico na Rede Ibero-americana de Direito Sanitário.

4.1 MERCOSUL

Num primeiro momento, é interessante observar a regulamentação para o trabalho em condições insalubres nos países que compõem o Mercado Comum do Cone Sul – MERCOSUL.

Embora, sob o ponto de vista prático, o processo de integração do MERCOSUL venha encontrando obstáculos e dificuldades, o Tratado de Assunção para a Constituição de um Mercado Comum⁴⁰, firmado em dia 26 de março de 1991, entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai em Assunção, tem como um dos objetivos fundamentais da integração a busca pelo desenvolvimento econômico com justiça social. Ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de modernização das economias dos referidos países, instrumentaliza-a ao propósito de melhorar as condições de vida de seus habitantes.

Nesse sentido, em 17 de dezembro de 1991, o Conselho do Mercado Comum, reunido em Brasília⁴¹, aprovou a criação do Subgrupo de Trabalho 11, compreendendo as Relações Trabalhistas, Emprego e Seguridade Social – e que, por meio de suas 8 Comissões Temáticas, vem se ocupando de estudos dos assuntos da esfera sócio-trabalhista considerados prioritários nesse momento da integração: relações individuais e coletivas do trabalho, emprego, formação profissional, saúde e segurança do trabalhador, previdência social.

Registre-se que é parte das discussões do Subgrupo de Trabalho 11 a elaboração da chamada Carta de Direitos Fundamentais do MERCOSUL.

Retomando especificamente a questão do trabalho – preservação da saúde do trabalhador diante de ambientes agressivos - faz-se necessário o registro de que dentre os nossos vizinhos do MERCOSUL a única Constituição a mencionar

⁴⁰ Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/unir/webunir/bila/esp/artigos/3artigo.htm>>. Consultado em 2/3/2012.

⁴¹ Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/unir/webunir/bila/esp/artigos/3artigo.htm>>. Consultado em 2/3/2012.

o trabalho em condições insalubres, com adicional de remuneração correspondente, é da República do Paraguai⁴²:

Artículo 91. DE LAS JORNADAS DE TRABAJO Y DE DESCANSO

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, diurnas, salvo las legalmente establecidas por motivos especiales.

La ley fijará jornadas más favorables para las tareas insalubres, peligrosas, penosas, nocturnas o las que se desarrollen en turnos continuos rotativos.

Artículo 92. DE LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO

El trabajador tienen derechos a disfrutar de una remuneración que Le asegure, a él y a su familia, una existencia libre y digna. La ley consagrará el salario vital mínimo y móvil, el aguinaldo anual, la bonificación familiar, el reconocimiento de un salario superior al básico por horas de trabajo insalubre o riesgoso, y las horas extraordinarias, nocturnas y en días feriados. Corresponde, básicamente, igual salario por igual trabajo. (sem destaque no original)

Ainda assim, constata-se que no artigo 91 a Constituição paraguaia determina que a lei preveja jornada mais favorável para os que laboram em ambientes insalubres ou perigosos.

A Constituição Uruguaia⁴³ determina a proteção ao ambiente de trabalho sem mencionar qualquer sanção ou pagamento de adicional em caso de descumprimento:

Artículo 54. - La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.

A Constituição da Argentina não cuida diretamente da matéria. Todavia, a sua constituição contém interessante dispositivo⁴⁴ (art. 31) que confere aos tratados internacionais, celebrados com as potências estrangeiras, o status de lei suprema da nação. Dito de outro modo, tais tratados estão no nível da supremacia constitucional:

⁴²Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm>>. Consultado em 20/3/2012.

⁴³Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Consultado em 3/3/2012.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>>. Consultado em 3/3/2012.

Art. 31. - Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

As possibilidades e os desdobramentos dessa equiparação dos tratados às normas constitucionais argentinas não serão exploradas aqui, todavia, por óbvio, ao menos no plano normativo, os trabalhadores argentinos estão protegidos, no nível constitucional, por convenções como a de nº 155 da OIT – que dispõe sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores – obrigando-se a prevenir os acidentes e os danos à saúde que sejam consequência do trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que isso seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho – artigo 4.2.

Ainda na Argentina, na legislação infraconstitucional, a Lei nº 20.744, de 1976 – *Regimen de Contrato de Trabajo*⁴⁵ – contém disposição que, ao lado da proibição do trabalho em condições insalubres para mulheres e menores de 18 anos (arts. 176, 189 e 191) encaminha o problema do trabalho em ambientes insalubres para solução substancialmente distinta da nossa.

De início, a fiscalização orienta o empregador a adequar o ambiente às condições de salubridade. Caso não sejam observadas as determinações, a autoridade qualifica as atividades como insalubres, fato que implica a redução da jornada de trabalho (6 horas), sem redução dos salários:

Art. 200. —Trabajo nocturno e insalubre.

(...)

En caso de que la autoridad de aplicación constatará el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, intimará previamente al empleador a adecuar ambientalmente el lugar, establecimiento o actividad para que el trabajo se desarrolle en condiciones de salubridad dentro del plazo razonable que a tal efecto determine.

Si el empleador no cumpliera en tiempo y forma la intimación practicada, la autoridad de aplicación procederá a calificar las tareas o condiciones ambientales del lugar de que se trate.

La jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres no podrá exceder de seis (6) horas diarias o treinta y

⁴⁵ Ministério de Economía y Finanzas Públicas: Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>>. Consultado em 25/2/2012.

seis (36) semanales. La insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y sólo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad. La reducción de jornada no importará disminución de las remuneraciones.

Ainda que a regulamentação argentina não seja a ideal, é superior à nossa, na perspectiva da proteção à saúde do trabalhador, por dispor de mecanismo que, impondo a redução da jornada de trabalho, reduz a exposição ao meio insalubre.

São semelhantes as disposições do novo Código do Trabalho do Paraguai – Lei nº 213, de 1993 (*Código del Trabajo*) – tanto no que diz respeito à restrição ao trabalho de mulheres e menores (arts. 47, 125 e 130) quanto às consequências do trabalho em condições classificadas como insalubres pelas autoridades, importando na redução da jornada para 6 horas, sem redução de salários

Art. 198. Cuando el trabajo debe realizarse en lugares insalubres o por su naturaleza pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores o en condiciones penosas, turnos continuos o rotativos, su duración no excederá de seis horas diarias o de treinta y seis semanales, debiendo percibir salario correspondiente a jornada normal de ocho horas.

En este caso, y a pedido de cualquiera de las partes interesadas, la Dirección General de Higiene y Seguridad Ocupacional, asesorada por el organismo competente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, especificará como insalubre o no insalubre la actividad de que se trate. La calificación de insalubridad será mantenida hasta que sea demostrada la desaparición de las causas ante el organismo mencionado.

Da mesma forma, na legislação infraconstitucional uruguaia – Lei nº 11.577 - há dispositivo prevendo a redução da jornada de trabalho, sem redução dos salários, para os que laboram em ambientes agressivos á saúde:

Artículo 1º.- No podrá ser mayor de seis horas la jornada de trabajo de los empleados y obreros de actividades que, por las condiciones en que se efectúa el trabajo o por los materiales que se manipulan, sean consideradas perjudiciales para la salud.

Artículo 7º.- Los horarios especiales de trabajo para las actividades que sean consideradas insalubres por aplicación de esta ley devengarán el mismo salario que el que se haya determinado para la jornada completa en esas mismas actividades, por los laudos o convenios vigentes.

Interessante verificar, ainda, na lei uruguaia, o obrigatório controle médico sobre a saúde dos trabalhadores que trabalham nessas condições - por meio de Cartões de Saúde -, com custos para o empregador, e revisões a cada seis meses:

Artículo 5º.- El Carnet de Salud instituído por la ley número 9.697 de 16 de setiembre de 1937, es obligatorio para todos los empleados y obreros de actividades insalubres.

Dichos empleados y obreros deberán ser sometidos a una revisión médica semestral, anotándose las noticias que correspondan en su Carnet de Salud.

La revisión se efectuará en los propios establecimientos o en consultorios particulares, por médicos elegidos de común acuerdo entre la empresa y los asalariados, lo que se comunicará de inmediato al Ministerio de Salud Pública.

De no mediar acuerdo éste los designará entre los médicos de sus reparticiones hospitalarias.

Los gastos devengados por estas revisiones serán de cargo de los patronos.

Relembrando a definição legal da nossa CLT para as atividades insalubres, como sendo aquelas que exponham os empregados a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância: em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, percebe-se a importância do fator representado pelo tempo de exposição:

CLT - Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Assim, no aspecto normativo, é bastante superior a solução encontrada pelos nossos vizinhos do MERCOSUL ao inquietante problema do trabalho em condições insalubres.

Ao invés de simplesmente prever a monetização compensatória pelo comprometimento da saúde do trabalhador que trabalha em ambiente agressivo (no caso do Brasil, com valores muito baixos, calculados na forma de percentual sobre o salário mínimo), dispõem de medida efetiva, pois determinam a redução das horas de trabalho – redução do tempo de exposição ao ambiente agressor - sem a redução da remuneração.

Acrescente-se que por esse mecanismo – redução da jornada sem a redução da remuneração - o empregador também é penalizado economicamente pela exploração de atividade que compromete a saúde do trabalhador.

4.1 Espanha

Conforme assinalado no início deste capítulo, a referência à legislação espanhola, para uma análise comparativa acerca dos dispositivos pertinentes ao trabalho em condições insalubres, justifica-se tanto pela proximidade das experiências jurídicas e culturais quanto pela participação na Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. E a questão das doenças ocupacionais, como vem sendo demonstrado, se apresenta como um relevante campo de estudos para o Direito Sanitário.

A Rede, constituída em Reunião realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, em abril de 2011⁴⁶,

(...) compreende uma estratégia de articulação e cooperação entre pessoas e instituições do âmbito do Direito Sanitário nos países membros da comunidade iberoamericana, que permita ampliar o debate acerca do efetivo exercício do direito à saúde.

Assim, estão dentre seus objetivos o compartilhamento de informações e conhecimentos relacionados com a área do Direito Sanitário bem como a identificação de problemas, necessidades e interesses comuns relativos às questões jurídicas relacionadas com a área da saúde, buscando alternativas que possam ser compartilhadas⁴⁷.

Na Espanha, o Real Decreto nº 1561, de 1995, que dispõe sobre jornadas especiais de trabalho, cria uma quarta condição de risco ambiental especialmente nocivo – toxicidade, além da insalubridade, da periculosidade e da penosidade – contendo uma seção dedicada especificamente ao tema:

⁴⁶Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/fiocruzbrasil>>. Consultado em 2/3/2012.

⁴⁷ No último capítulo desse estudo será abordado o I Congresso Ibero-americano de Direito Sanitário, realizado em Buenos Aires, nos dias 31 de agosto e 1º de setembro de 2011, com o lema “El derecho de la salud como un derecho humano fundamental en la agenda de Iberoamérica”.

SECCIÓN I. TRABAJOS EXPUESTOS A RIESGOS AMBIENTALES

Artículo 23. Limitación de los tiempos de exposición al riesgo.

1. Procederá la limitación o reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos en aquellos casos en que, pese a la observancia de la normativa legal aplicable, la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, sin que resulte posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas.

Interessante verificar que na regulamentação espanhola a restrição à exposição ao ambiente insalubre, por meio da redução da jornada, apenas é autorizada nas hipóteses em que se demonstre a impossibilidade de eliminação ou redução dos riscos ambientais por outras medidas de proteção ou prevenção adequadas.

Eis uma sutileza que torna a disposição ainda mais ajustada aos propósitos que vem sendo defendidos nesse estudo – prevenção e precaução - do que as regulamentações sul-americanas analisadas e será retomada adiante, quando forem discutidas alternativas para o problema brasileiro.

A referência às experiências do Direito Comparado pode ser muito importante tendo em vista o recente entendimento do ST quanto à inconstitucionalidade do art. 192 da CLT⁴⁸ (tecnicamente, não recepção pela Constituição de 1988), externado na discussão que deu origem a Súmula Vinculante nº 4, que tem a seguinte redação:

Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

⁴⁸ Ao mesmo tempo em que reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade a Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal vedou a substituição desse parâmetro por meio de decisão judicial. A polêmica judicial acerca do tema, que favorece a proposta de revisão por completo de antigas práticas, será retomada nos próximos capítulos.

Nas manifestações dos Ministros da Suprema Corte restou consignado que até que novo critério seja adotado, por lei ou por negociação ou sentença coletiva, continuará a ser aplicado o art. 192 da CLT Logo, no meio jurídico, aguarda-se uma nova lei sobre o tema. E, de *lege ferenda*, essas balizas do Direito Comparado podem representar contribuição valiosa à preservação da saúde dos trabalhadores.

5 A SUPREMACIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS

5.1 O novo constitucionalismo e a necessidade de interpretar as leis em conformidade com a Constituição: o Direito como integridade.

Concatenando as conclusões até aqui lançadas, nesse capítulo pretende-se fazer o fechamento do arco de análise que teve início com a incursão pela teoria da constitucionalização dos direitos sociais para cotejá-la com as práticas que encontram suporte no tradicional entendimento acerca do adicional de insalubridade. Pontue-se, novamente, que esse entendimento manteve-se, apesar e contrariamente aos direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988.

Discorrendo sobre o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais Canotilho (2003) assinala tanto o aspecto da incorporação, com o reconhecimento formal das normas no texto constitucional, quanto da conseqüente subtração de sua temática do ambiente de livre disponibilidade do legislador ordinário. Por óbvio, também não há essa disponibilidade nas relações horizontais, entre particulares.

A abordagem do novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) apresenta infindáveis possibilidades de investigação acadêmica - inclusive no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁴⁹, notadamente quando se relembra que o contrato de trabalho é uma relação jurídica complexa, dinâmica e solidária que, além das obrigações principais, encerra deveres anexos de conduta do empregador, dentre os quais se destaca o dever de proteção (DALLEGRAVE NETO, 2007) -, cujo aprofundamento escapa aos propósitos desse estudo.

O movimento enaltece a força normativa da Constituição que, assim, deixa de ser um mero catálogo destinado a regular a distribuição de competências e a dispor sobre recomendações políticas e morais. Ao contrário, assume a posição central no ordenamento, com preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade.

Contudo, para as necessidades argumentativas dessa análise, e com apoio em Mendes (2008), é suficiente registrar que o neoconstitucionalismo confere

⁴⁹ No Brasil, o tema é tratado de forma bastante adequada por Sarmento (2006).

relevo à primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade.

Assim, o movimento acredita na razão e no Direito como instrumento de promoção de mudanças sociais e busca, recorrendo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalisar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica (SARMENTO, 2006).

Os marcos do neoconstitucionalismo brasileiro estão situados na abertura democrática, a partir da década de 1980, que culminou na Constituição de 1988.

Gestada nesse contexto, a nova Constituição incorporou com destaque os direitos sociais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (art. 6º). Também destinou um título específico para a ordem social, a partir do artigo 193.

Essas premissas são fundamentais para a análise do objeto de estudo, pois, conforme já afirmado, são temas constitucionais tanto a manutenção da saúde do trabalhador – direito de todos - quanto à necessidade de que sejam efetivamente asseguradas as condições de higiene do meio ambiente de trabalho - mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, como medidas compreendidas na promoção e na proteção da saúde.

A subsistência de um grande número de enunciados de jurisprudência que conferem efeitos meramente patrimoniais ao habitual labor em ambiente insalubre, notadamente na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, reflete o entendimento mercantilista acerca do direito fundamental do trabalhador à saúde.

Acrescente-se que alguns desses verbetes têm origem em entendimentos construídos a partir de leis firmadas anteriormente à Constituição de 1988, revelando que inobstante a vigência de uma nova Constituição – rica em direitos fundamentais - o empregador mantém a prerrogativa unilateral de eleger o comportamento menos dispendioso: a preservação do meio ambiente de trabalho hígido ou o pagamento do adicional pelo agravamento à saúde dos trabalhadores.

Impõe-se, portanto, uma análise crítica e reflexiva acerca do entendimento sedimentado, a partir da contribuição efetiva da Teoria da

Constituição, na perspectiva dworkiana⁵⁰ do direito como integridade (DWORKIN, 1999).

Uma postura construtivista nessa análise exige a reflexividade ética com os princípios hermenêuticos de modo a impedir que, contrariamente aos direitos fundamentais, as tradições “se legitimem de maneira autônoma e acrítica” (CARVALHO NETTO, 2011, p. 76), ignorando a reformulação processada pelo constituinte de 1988.

Em suma, mostra-se necessário refletir criticamente contribuindo para a construção de entendimentos que viabilizem a perspectiva emancipatória⁵¹ dos direitos fundamentais em sintonia com a superioridade das disposições constitucionais.

Esse instrumental teórico indica que a efetivação do direito social ao meio ambiente de trabalho hígido, no Estado Democrático de Direito, demanda a consideração do direito como integridade, na perspectiva de que os princípios constitucionais que expressam direitos fundamentais requerem interpretação segundo o princípio da integridade no julgamento.

Assim, na fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais à sociedade, impõe-se o afastamento da estreita linha guiada pela prática patrimonialista das decisões anteriores, ajustando a interpretação ao comando da constituição vigente.

A abordagem da saúde como tema transversal à possibilidade de realização dos direitos do ser humano trabalhador, nas dimensões individuais e coletivas, e de que a doença profissional e o acidente de trabalho decorrem de uma tecnologia de produção ou de serviços em desacordo com o necessário equilíbrio do meio ambiente remetem aos estudos de MELO (2006) e de FIORILLO (2000).

⁵⁰ Segundo Dworkin (1999, p. 264), “A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”.

⁵¹ Expressão de Flávia Piovesan para a função dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_75/Rev_75_1/piovesanflavia.pdf>. Consultado em 06/10/2011.

Necessário considerar, também, que a saúde é constituída por um complexo de fatores intrínsecos do indivíduo e extrínsecos, com apoio nos apontamentos de AITH (2007) e de DALLARI (1998).

A discussão acerca da manutenção do entendimento jurisprudencial que ignora a vigência de uma nova ordem constitucional é extremamente relevante em nosso sistema, uma vez que, além da parte visível – fase inicial de formulação –, a norma jurídica passa por etapas seguintes, menos visíveis, quando, na reconstrução, entra em choque com o meio e está menos exposta à crítica (VIANA, 1999).

Assim, é inescapável a conclusão de que a interpretação da Constituição à luz da legislação infraconstitucional, anterior e contrária a ela, e a atribuição de efeitos meramente patrimoniais ao habitual desrespeito a um direito fundamental comprometem a formulação de DWORKIN (1999) de que a Constituição constitui uma comunidade fundada sobre princípios comuns.

A perspectiva dworkiana de que os princípios não devem constituir apenas limites, mas que sempre devem ser levados a sério, tomados como “condição de possibilidade da liberdade” (CARVALHO NETTO, 2011, p. 128), inclusive na regulação da saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho, conduz à conclusão de que o entendimento jurisprudencial dominante - especialmente por seu potencial de indutor de comportamentos sociais - compromete a efetividade da Constituição.

A dificuldade em ajustar o entendimento tradicional ao potencial normativo e contrafático da nova Constituição pode ser ilustrada em manifestação ocorrida em julgado recente do STF⁵²,

(...) a questão resumir-se-ia na razoabilidade de se convolar em crime os fatos imputados, visto que se imaginar a estrutura de saneamento e habitação exigida para que os trabalhadores não sofressem situações degradantes, nos moldes da denúncia, poderia significar fuga da realidade. Aduzia que as condições de vida das regiões paupérrimas do Brasil repetir-se-iam também no trabalho, de maneira que não seria razoável qualificá-las de criminosas por essa exclusiva razão. Não obstante, reconhecia a necessidade de se combater a miséria, o subemprego e a violação aos direitos trabalhistas e sociais.

⁵² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo655.htm>>. Consulta em 8/3/2012.

Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes invoca a razoabilidade para desqualificar a denúncia⁵³ pela prática de crime – redução de trabalhador à condição análoga à de escravo - em decorrência da exploração do trabalho em condições degradantes, embora afirme reconhecer a necessidade de combater a miséria, o subemprego e a violação dos direitos trabalhistas e sociais.

Ocorre que, independentemente do acerto do legislador ao criminalizar a prática, a disposição do Código Penal, na redação conferida pela Lei nº 10.803, de 2003, ampliou a abrangência do tipo penal para contemplar também as situações em que o trabalhador se vê submetido a condições degradantes⁵⁴ de trabalho:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Não faz parte do objeto do estudo a análise da efetividade da tutela penal referida. Ainda assim, como observa Silva (2010), é certo que a consumação do crime de redução à condição análoga à de escravo não mais exige o cerceio à liberdade do trabalhador, donde se infere que o bem jurídico protegido pela norma é tanto a liberdade individual quanto a dignidade da pessoa humana, que não pode ser submetida a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III).

Portanto, trata-se de dispositivo que, além de reconhecer uma chaga social que envergonha o Brasil, procura dar efetividade aos princípios constitucionais que priorizam a manutenção da saúde do trabalhador e, em última análise, a sua dignidade. Está, portanto, nesse sentido, em harmonia com as disposições constitucionais que visam a assegurar as condições de higidez do meio ambiente do

⁵³ Diligência realizada por grupo de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, constatou que aproximadamente 35 trabalhadores teriam sido reduzidos a condição análoga à de escravos, inclusive com a presença de menor de idade entre eles, nas dependências de fazenda de propriedade de parlamentar e administrada pelo co-denunciado. O Plenário do STF, por maioria, recebeu denúncia oferecida contra senador da República e outro denunciado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo655.htm>>. Consulta em 8/3/2012.

⁵⁴ Na redação original, o fato de reduzir alguém, por qualquer meio, à condição análoga à de escravo, crime que os antigos chamavam de *plagium*, atrelava-se à supressão do *status libertatis*, sujeitando o agente ao seu completo e discricionário poder.

trabalho. E a Constituição, como já foi tantas vezes assinalado, é pródiga em enunciados referíveis à dignidade da pessoa humana: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Garantias Fundamentais, e Ordem Econômica e Social.

A dignidade, como preceito fundador do sistema jurídico, é sintetizada por Barroso (2001, p. 47) na ideia que identifica o princípio da dignidade da pessoa humana como um “um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”.

Assim, o discurso que se curva às dificuldades da realidade e do contexto social, invocando a razoabilidade, despreza o potencial normativo e contrafático da constituição.

O papel dos tribunais superiores, e as possibilidades de induzir comportamentos na prática das relações sociais de trabalho restaram adequadamente captados por José Roberto Freire Pimenta, Ministro do TST, nas discussões de processo (RR-74500-48.2008.5.17.0005) em que se debatia o cabimento da indenização por danos morais em decorrência da anotação na Carteira de Trabalho de empregado que teve o vínculo de emprego reconhecido por decisão judicial⁵⁵.

Em se tratando de efeitos no campo do direito material, embora estejamos, no TST, estritamente vinculados à técnica processual, não devemos ignorar os efeitos práticos, concretos, das nossas decisões no campo das relações do trabalho.

O entendimento acerca do adicional de insalubridade sinaliza a “prevalência de práticas constitucionais típicas da ordem autocrática anterior” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 233), e a adoção continuada e acrítica do entendimento termina por “ferir a aura de supremacia de que se deve revestir a Constituição” (CARVALHO NETTO, *op. cit.*, p. 233). O desgaste da força normativa da Constituição acarreta a perda “da mística de sua intangibilidade” CARVALHO NETTO (2001, p. 884).

⁵⁵ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/xerox-indenizara-trabalhadora-por-anotacao-indevida-em-carteira-de-trabalho?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1> Consultado em 7/3/2012.

A perpetuação do entendimento referido também propicia a instigante crítica de Branco (2011) ao “ativismo judiciário negativo” – caracterizado como conduta jurisprudencial que, inserida no contexto do Estado Democrático de Direito, atuaria no sentido da limitação e não da efetivação dos direitos humanos fundamentais. Tratar-se-ia, portanto, de adaptação da lógica que, apesar de adepta do movimento de ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário, estaria dirigida a contrariar a “plataforma emancipatória maior do neoconstitucionalismo, que consiste na plena concretização eficaz normativa da Constituição”.

Nesse quadro, por certo que em sendo o Tribunal Superior do Trabalho a mais alta Corte Trabalhista do Estado Democrático de Direito brasileiro, as apontadas transformações lhe impõem a revisão e, quiçá, o redimensionamento de seu papel e atribuições, inclusive aquelas atinentes à sua construção jurisprudencial, que devem ser justificadas não somente pelo princípio democrático, mas também – e, principalmente –, pelos valores éticos e políticos do Estado brasileiro, devidamente compostos no texto constitucional, mas passíveis de concretização exatamente pela atuação do TST.

Retomando a discussão específica acerca da compatibilidade do adicional de insalubridade com as disposições constitucionais que asseguram os direitos fundamentais do trabalhador, pode-se afirmar que a patrimonialização dos direitos fundamentais retira-lhes o papel de “barreira de fogo” (CARVALHO NETTO, 2011, p. 15) inegociável, comprometendo a efetividade do direito social fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido.

Outra nuance relevante, tanto no aspecto individual quanto no impacto sobre as finanças públicas, diz respeito à aposentadoria especial⁵⁶, prevista no art. 57 da lei 8.213/91:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a

⁵⁶ Embora o tema não vá ser explorado com maior profundidade aqui, é possível especular que a aposentadoria especial, juntamente com o propósito de compensar os baixos salários com o adicional pago pelo trabalho em condições insalubres - aspecto captado por Marx (1987) –, explique o conformismo do trabalhador exposto a um meio ambiente que o agride e prejudica.

saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

(...)

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

Ibrahim (2012, p. 621), observando o cenário de elevação da expectativa de vida dos brasileiros, critica a incosequência do legislador do passado, convocando à postura dirigida a ações voltadas à saúde ocupacional, eliminando as atividades nocivas que seriam, “no máximo, admitidas em raríssimas hipóteses”.

Com arrimo nos postulados constitucionais, também registra a formação do consenso no sentido de que a “jubilação antecipada” seria uma forma de legitimação da “violência frente à saúde do trabalhador, o que não condiz com um ordenamento jurídico centrado na dignidade da pessoa humana”.

A discussão acerca do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido remete à consideração de que a essência do valor-trabalho é o homem. Logo, é o trabalho que está em função do indivíduo e não o inverso (RUPRECHT, 1995, p. 104). E o trabalho humano foi destacado e protegido pelo constituinte de 1988 como direito social fundamental, inclusive no que diz respeito à preservação da incolumidade da saúde do trabalhador.

O tema não será explorado com maior profundidade aqui, mas a desconsideração das disposições referentes ao meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador também poderiam ser investigadas sob o ponto de vista da transgressão à ordem econômica (art. 170 da Constituição) cuja licitude pressupõe a observância dos princípios constitucionais da função social da propriedade (inciso III), da defesa do meio ambiente, observando o inclusive o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (inciso V), e da livre concorrência (inciso IV).

Este último princípio, que veda o estabelecimento de privilégios ou regimes diferenciados entre agentes econômicos, poderia ser maculado caso apenas alguns dos agentes observassem as normas ambientais e de preservação da saúde dos trabalhadores, sem que os demais sofressem integralmente as consequências econômicas da omissão.

Noutra abordagem, considerando os compromissos da República Federativa do Brasil no plano internacional, o entendimento que monetiza indiscriminadamente os agravos à saúde do trabalhador é de difícil harmonização com a diretiva da Organização Internacional do Trabalho⁵⁷ de que o trabalho não é uma mercadoria.

Ainda no que diz respeito aos compromissos internacionais, é necessário considerar que pela Convenção nº 155 da OIT⁵⁸ – que dispõe sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores – a República Federativa do Brasil obrigou-se a prevenir os acidentes e os danos à saúde que sejam consequência do trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho – artigo 4.2 (SUSSEKIND, 2007).

Pontue-se que o emprego de expressões como a destacada, comum em documentos internacionais dada a dificuldade na obtenção de consensos e que aparentam remeter à ideia da reserva do possível, demandam a interpretação segundo os limites científicos e tecnológicos, de acordo com a observação de Torronteguy (2010), indicando o direito ao mais elevado nível possível de saúde. Portanto, a monetização deveria ser a última alternativa.

Nesta senda, considerando os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática⁵⁹, segundo o qual as normas constitucionais devem ser analisadas de forma integrada e não isoladamente, é apenas aparente a contradição existente entre o conjunto das normas do texto constitucional que protegem a saúde

⁵⁷ Constituição da Organização Internacional do Trabalho – Declaração de Filadélfia, 1944 (SUSSEKIND, 2007).

⁵⁸ Aprovada em 1981 e ratificada pelo Brasil em 1992.

⁵⁹ Sucintamente, os princípios pregam que a Norma Fundamental deve ser interpretada de forma integrada, em seu conjunto, de modo que aparentes contradições se dissipem. Assim, harmonizando-se em dado contexto prático, um princípio não deve implicar o sacrifício total de outro. A problemática desses e de outros princípios da nova hermenêutica constitucional é abordada de forma adequada por Coelho (2007).

do trabalhador e o meio ambiente do trabalho com a disposição que confere o direito ao adicional de remuneração para as atividades insalubres (art. 7º, XXIII).

Essa também é a conclusão de Dallegrave Neto (2007, p. 202):

Com esteio nesse dispositivo (art. 7ºXXII, da Constituição), o trabalhador tem o direito fundamental de trabalhar em ambiente hígido e salubre com redução e prevenção dos riscos concernentes à atividade laborativa de modo a preservar a sua saúde e segurança física. Tal regramento tem como destinatário o empregador; contudo, vincula o legislador e o julgador.

Aprofundando a análise, Dallegrave Neto (*op. cit.*, p. 202) assinala a prevalência da prevenção de infortúnios do trabalho em relação à reparação, vinculando-a à dignidade humana do trabalhador:

Observa-se que a prevenção de infortúnios no trabalho encerra valor jurídico muito maior que a mera reparação do dano, vez que o respeito à dignidade do trabalhador pressupõe a preservação de sua saúde física e mental. Quando a empresa-empregadora constitui sua atividade econômica e dela retira o lucro com a concorrência direta do serviço prestado por seus empregados, passa também a ter o dever de assegurar a integral incolumidade física, moral e mental dos seus colaboradores e partícipes. Não se perca de vista a parêmia de quem detém o bônus, tem também o ônus (*ubi emolumentum, ibi ônus*).

Registre-se que herdamos da filosofia kantiana⁶⁰ o sobreprincípio constitucional da dignidade humana. Segundo Moraes (2006), da tendência expansiva desse sobreprincípio extraem-se os princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade.

Assim, a garantia constitucional ao meio ambiente de trabalho hígido, como direito fundamental, desautoriza o entendimento que reduz à pura patrimonialização os efeitos de sua transgressão habitual. Do contrário, seria necessário admitir que se continue a interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, anterior e contrária a ela.

Necessário considerar, também, que a “forma constitucional - o caráter supralegal da Constituição, condicionando a validade de todas as demais leis - foi uma aquisição evolutiva tardia no processo de modernização da sociedade”

⁶⁰ Immanuel Kant (Séc. XVIII), ensinava que é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço, tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja.

(CARVALHO NETTO, 2011, p. 92). A Constituição, nesse sentido, deve necessariamente ser tomada como a norma jurídica suprema do país (DWORKIN, 1999).

De outro lado, considerando o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente do trabalho hígido, por imposição constitucional, o entendimento que admite a sua mercantilização, generalizada e habitual, expõe-se à crítica, pois confere à saúde do trabalhador um caráter de mercadoria, de crédito negociável. O prolongamento da prática transforma a relação contratual: “o empregado se torna seu próprio algoz” (VIANA, 1999, p. 893).

Nesse passo, deve ser pontuado que a habitual troca - pagamento pelo comprometimento da saúde - em um contrato sinalagmático⁶¹, altera a percepção tanto do trabalhador quanto do empregador acerca do trabalho e da correspondente remuneração. As necessidades financeiras de sobrevivência do trabalhador passam a ser supridas pela exposição habitual a condições que atingem à sua saúde. O pagamento rotineiro do correspondente “adicional”, de outro lado, incorpora-se ao planejamento e aos custos de produção. No longo prazo, o custo do adicional de insalubridade deixa de ter a função de estímulo à correção das condições de trabalho⁶².

Assinale-se ser indispensável considerar que as relações de trabalho são essencialmente relações sociais de desigualdade e que o “trabalho pode tornar-se um verdadeiro laboratório de experimentação e aprendizado da injustiça e da iniquidade” (DEJOURS, 2006, p. 140), para os seus beneficiários e/ou vítimas.

É possível afirmar que a exposição ao risco e aos agravos é intrínseca a certas profissões e atividades, como ocorre nos trabalhos desenvolvidos em condições insalubres e perigosas.

⁶¹ Delgado (2009) informa que o contrato de trabalho é uma relação bilateral, sinalagmática e onerosa, por envolver um conjunto e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis.

⁶² Essa nuance já havia sido captada por Marx (1987), noutro contexto, ao indicar a queda dos salários pagos e também que, quanto mais baixos os salários, maiores seriam as jornadas para assegurar um miserável salário médio. Por isso, vaticinava que os baixos salários incentivariam o prolongamento da jornada total de trabalho.

Nestes casos, diante da real impossibilidade de eliminação ou redução dos riscos inerentes ao trabalho, a norma constitucional admite e garante o pagamento de adicionais remuneratórios.

Essa possibilidade constitucional, contudo, estabelecida a favor do trabalhador e não contra ele (art. 7º, *caput*/CF), não elimina a norma geral de garantia do ambiente de trabalho saudável, com redução dos riscos inerentes ao exercício do labor, e que deverá ser sempre buscado, até o limite científico e tecnológico, tendo por fundamento maior o princípio da dignidade do ser humano.

5.2 Da necessidade de tutelas judiciais e administrativas que priorizem o aspecto inibitório da exposição a agravos.

A Constituição de 1988, no artigo 7º, ao dispor sobre as garantias mínimas do trabalhador, urbano ou rural, assegurou a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII).

O relevo da questão ambiental foi destacado no art. 225, que incumbiu ao Poder Público do controle de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (§1º, V), e sujeita os infratores – pessoas físicas ou jurídicas – a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano causado (§3º):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Observa-se que a proteção jurídica da vida, da saúde e da integridade física do trabalhador, que resulta do art. 6º da Constituição, está atrelada à proteção

dos direitos fundamentais da pessoa humana, não sendo cabível o reducionismo a aspectos da medicina e da segurança do trabalho. Ao contrário, deve estender-se ao meio ambiente de trabalho.

Noutra perspectiva, Dallegrave Netto (2007) analisa a concepção solidarista da Constituição, sustentando que não se pode inverter o foco de interesse do direito: o patrimônio deve estar a serviço da pessoa humana e, desse modo, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa.

A propósito, a função social da propriedade: atrelada à preservação do meio ambiente, à regularidade da exploração do trabalho e ao favorecimento do bem-estar dos proprietários e, também, dos trabalhadores restou assentada no texto constitucional:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
I - aproveitamento racional e adequado;
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Relembre-se que o meio ambiente do trabalho integra o amplo conceito de meio ambiente a ser protegido, por expressa disposição constitucional (art. 200, VIII), no Título da Ordem Social, que tem como objetivo o bem estar e a justiça social (art. 193). Logo, tem-se que a manutenção do equilíbrio ambiental apresenta-se como direito e interesse de toda a sociedade.

Portanto, há um claro aspecto de segurança jurídica militando em favor da proteção à vida digna. Na abordagem de Delgado (2007), essa concepção ampliada do direito à segurança jurídica atribui ao mercado de trabalho uma feição de bem público sobre o qual convergem a regulação pública e a regulação privada, numa interação fundada na prevalência do direito a ter direitos ou, sintetizada no patamar civilizatório mínimo durante o contrato de trabalho.

Dando concretude aos ditames constitucionais, a ordem jurídica, nas esferas administrativa e judicial, dispõe de uma série de instrumentos que viabilizam

o eficiente enfrentamento do problema da sonegação do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido.

Discorrendo particularizadamente sobre esses instrumentos, alguns deles bastante complexos e de discutível efetividade, Melo (2006) relaciona as seguintes possibilidades de prevenção e tutela do meio ambiente do trabalho: estudo prévio de impacto ambiental; negociação coletiva; Comissão Interna de Prevenção de Acidentes; embargo e interdição de estabelecimentos; greve ambiental; Programa de Prevenção de Riscos Ambientais; Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional; Serviços Especializados em Engenharia e em Medicina do Trabalho; Equipamentos de Proteção Individual; Perfil Profissiográfico Profissional; Inquérito Civil; Termo de Ajustamento de Conduta; Audiência Pública; Recomendações; Ação Civil Pública ambiental; Ação Popular; Mandado de Segurança Coletivo; Mandado de Injunção; e o Dissídio Coletivo.

Escapa aos propósitos desse estudo o aprofundamento dos vários mecanismos, devendo-se registrar, apenas, que em geral a efetividade da tutela resta prejudicada justamente pelo entendimento que se satisfaz com o aspecto monetário do trabalho em condições insalubres.

Analisando especificamente as possibilidades e os limites da tutela judicial da integridade do ser humano trabalhador, que tem a saúde maltratada pela exposição a agravos, seria paradoxal admitir que a sociedade e as instituições demonstrassem maior repulsa à prática de maus-tratos perpetrada contra os frangos⁶³, por exemplo, do que ao ser humano trabalhador.

Recentemente a página do STF noticiou a declaração de inconstitucionalidade de Lei Estadual que permitia a rinha de galos⁶⁴. Além da referência lateral ao amplo conceito de meio ambiente - compreendendo o laboral - a decisão enfatiza a conexão entre o dever ético-jurídico de preservação da fauna e o de não incidência em práticas de crueldade, ressaltando o objetivo de propiciar a subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado:

⁶³ Em decorrência do art. 225, § 1º, VII, da Constituição, a Lei 9.605/98 pune, a título de crime ambiental, a prática de maus-tratos contra os animais.

⁶⁴ Informativo do STF nº 628 (23 a 27 de maio de 2011), disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Consultado em 15/6/2011.

O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade de Lei Estadual que autorizava a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre).

(...) No mérito, enfatizou-se que o constituinte objetivara assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduziria conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, cultural, artificial (espaço urbano) e laboral. Salientou-se, de um lado, a íntima conexão entre o dever ético-jurídico de preservação da fauna e o de não-incidência em práticas de crueldade e, de outro, a subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito de terceira geração). Assinalou-se que a proteção conferida aos animais pela parte final do art. 225, § 1º, VII, da CF teria, na Lei 9.605/98 (art. 32), o seu preceito incriminador, o qual pune, a título de crime ambiental, a inflição de maus-tratos contra animais. Frisou-se que tanto os animais silvestres, quanto os domésticos ou domesticados — aqui incluídos os galos utilizados em rinhas — estariam ao abrigo constitucional. Por fim, rejeitou-se o argumento de que a “briga de galos” qualificar-se-ia como atividade desportiva, prática cultural ou expressão folclórica, em tentativa de fraude à aplicação da regra constitucional de proteção à fauna. Os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli assentaram apenas a inconstitucionalidade formal da norma. Precedentes citados: RE 153531/SC (DJU de 13.3.98); ADI 2514/SC (DJU de 3.8.2005); ADI 3776/RN (DJe de 29.6.2007).

E são variadas as tutelas judiciais disponíveis que conduzem ao objetivo aqui defendido, de priorizar o aspecto inibitório da exposição a agravos à saúde do trabalhador, todas decorrentes do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV):

Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Parte-se da premissa de que se deve considerar o adicional de remuneração para as atividades insalubres uma espécie de benefício compensatório e subsidiário ao trabalhador, naquelas raras situações em que a atividade se mostre indispensável para a comunidade, e as exigências de medidas preventivas extrapolarem o que for considerado razoável e factível.

Assim, considerando-se lícita a atividade insalubre de risco empreendida - o que torna restritas as hipóteses de sua ocorrência - o adicional de remuneração surgiria como espécie de reparação pelo dano, em decorrência do mero risco da atividade, a teor do disposto nos artigos 5º, V e X, da Constituição e 927, parágrafo único do CC.

Logo, a responsabilidade do causador do dano à saúde seria objetiva (art. 927, parágrafo único do CC), sendo que a indenização – resposta ao agravo –

deveria compreender o que o trabalhador perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, guardando proporcionalidade com o dano à saúde (vida) da vítima (art. 5º, V e X, da Constituição).

Já foi referido que, sem causar maiores estranhamentos, assim estão reguladas as relações privadas (art. 402 do CC), em que não vigem os princípios tutelares que justificam a própria existência do Direito do Trabalho:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Portanto, nas escassas hipóteses em que o adicional é admitido pela nova ordem constitucional, o seu valor certamente não poderia estar limitado a um percentual do salário mínimo, como dispõe a CLT - norma do início do século passado.

De outro lado, em regra, a prioridade deve estar concentrada na tutela inibitória, buscando evitar o ilícito, conforme apresentado por Marinoni (1997, p. 62):

A técnica da tutela inibitória, de fato, é voltada para o futuro; não tem por escopo reparar um direito já violado. O que diferencia, nitidamente, a tutela inibitória da tutela ressarcitória, é que a primeira objetiva evitar o ilícito, enquanto que a segunda proporciona apenas a reparação pela violação do direito.

Tudo isso sem prejuízo de eventual pedido de compensação pelos danos já causados – tutela ressarcitória – em que o valor do adicional, como resposta ao agravo, deveria compreender o que o trabalhador perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar.

Tratando-se de prática ilícita, a fixação da compensação pelo agravo à saúde deveria ser acrescida de parcela com o propósito de desestímulo, pois a conduta causa evidente desequilíbrio social, com efeitos deletérios inclusive sobre os recursos públicos destinados à saúde e à previdência.

Há ainda, na esfera legislativa, uma questão que se mostra oportuna pelo seu potencial inibitório. Considerando a manifestação do STF sobre a inconstitucionalidade (tecnicamente, não recepção pela Constituição de 1988) do art. 192 da CLT – que determina o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade - aguarda-se uma nova lei sobre o tema. Como já referido, de *lege ferenda*, deveria ser alcançado ao menos os níveis de proteção do Direito

Comparado, em que o trabalho em condições insalubres implica a redução da jornada de trabalho para seis horas.

6 A JANELA DE OPORTUNIDADES PARA A REVISÃO DAS VELHAS PRÁTICAS

É certo que se faz necessária a mudança do antigo entendimento acerca do adicional de insalubridade, uma vez que a própria Comissão encarregada de elaborar o projeto da CLT reconheceu que a Consolidação era juridicamente datada, constituindo “um marco venerável na história de nossa civilização”⁶⁵ e correspondendo a “um estágio no desenvolvimento do progresso jurídico”⁶⁶.

A reiterada prática jurisprudencial em sentido oposto ao entendimento aqui proposto demanda que a discussão seja efetivada num cenário que não se mostre refratário à reflexão, pois, como observa Carvalho Netto (2011, p. 28), só “podemos ver o que a nossa sociedade permite que vejamos, o que a nossa vida concreta em sociedade permite que vejamos”.

Curiosamente (ou então, felizmente!), há um conjunto de acontecimentos e eventos que sinalizam uma rara oportunidade para a revisão da velha prática interpretativa. Abre-se, assim, importante *janela de oportunidade*⁶⁷ para a o debate social, político e acadêmico acerca do entendimento, “sedimentado segunda a ótica antiga” (VIANA, 1999, p. 893), que atribui efeitos apenas financeiros, barateando⁶⁸ o habitual labor em ambiente agressivo.

Passados 21 anos do início da vigência da Constituição de 1988, a candente discussão doutrinária e jurisprudencial⁶⁹ acerca da base de cálculo do

⁶⁵ Item 84 da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT).

⁶⁶ Item 8 da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT).

⁶⁷ O termo *janelas de oportunidades* é tomado das Ciências Sociais para explicar o momento e os condicionantes de novas formulações e das mudanças sobre o processo de implementação de ideias (KINGDOM, 1995).

⁶⁸ Mesmo no aspecto patrimonial, o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo, como estabelece a CLT (art. 192), é de difícil compatibilização com o dispositivo constitucional que, como direito fundamental, assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além da indenização - proporcionalmente ao agravo -, pelos danos materiais, morais ou à imagem, decorrentes da sua violação (art. 5º, V e X/CF).

⁶⁹ É antiga a polêmica acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade que, segundo a CLT (art. 192), deve incidir sobre o salário mínimo. A Constituição (art. 7º, VI) veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Em 2008, em razão da Súmula Vinculante nº 4 do STF, que considera inconstitucional o dispositivo da CLT, o TST alterou antigo

adicional de insalubridade abre importante espaço de discussão. A questão assumiu proporções tão relevantes que demandou a edição da Súmula Vinculante nº 4 do STF e vem provocando acaloradas discussões judiciais e doutrinárias sobre o instituto.

O enfretamento do problema proposto, notadamente a partir da jurisprudência trabalhista consolidada, também é relevante e atual em razão da recente consolidação do entendimento que atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações de indenizações por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho a partir da promulgação da EC nº45/2004 (Súmula Vinculante nº 22 do STF).

Nessa perspectiva, a maior ou menor efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido passa a depender do entendimento do judiciário trabalhista acerca da questão.

Noutro flanco, é digno de nota o lançamento da campanha institucional do Tribunal Superior do Trabalho – TST⁷⁰, em 2011, que ao comemorar os 70 anos da Justiça do Trabalho no Brasil propõe a mobilização da sociedade em favor da prevenção dos acidentes de trabalho⁷¹.

A iniciativa do TST foi impulsionada pelo grande crescimento das demandas judiciais, de cunho reparatório, referentes a acidentes de trabalho, conforme. A nota de lançamento da campanha⁷² deu o tom da preocupação com a prevenção do Programa de Prevenção de Acidentes, conclamando a sociedade para a necessidade de implantação de políticas efetivas para o enfrentamento do problema:

Acidentes de trabalhos produzem sofrimentos diversos: sofre o trabalhador, a família, o empresariado, o Governo e órgãos

entendimento (Súmula nº 228), determinando a incidência sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso. Na sequência, o STF (Min. Gilmar Mendes nos autos da Reclamação nº 6.266/DF) concedeu liminar suspendendo a aplicação da nova redação da Súmula nº 228 do TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Concluiu que a substituição da base não poderia ocorrer por decisão judicial. Assim, deveria continuar sendo utilizado o salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. O entendimento foi confirmado em Reclamações posteriores, todavia, a questão não está pacificada.

⁷² Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/prevencao/noticia1.html>>. Consultada em 31.5.2011.

judicantes, cada vez mais abarrotados de processos com pedidos de reparação. O programa do TST é uma demonstração de que o Judiciário está preocupado com a questão e, nesse sentido, toma a iniciativa de abrir o debate sobre a necessidade de implantação de políticas efetivas para enfrentar o problema.

Também se insere nesse contexto de oportunidade para a discussão do assunto a 14ª Conferência Nacional de Saúde – CNS de 2011, que dentre as 15 diretrizes analisadas teve a de nº 14 (Integrar e ampliar políticas e estratégias para assegurar atenção e vigilância à saúde ao trabalhador) como uma das 5 aprovadas sem ressalvas⁷³.

No plano internacional, merece destaque a criação da Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Nos dias 31 de agosto e 1º de setembro de 2011 foi realizado na Universidade de Buenos Aires (UBA) o I Congresso Ibero-americano de Direito Sanitário, com a participação de representantes de vários países: Brasil, Argentina, Costa Rica, Uruguai, Chile, Colômbia e Espanha; tendo por lema uma assertiva que se ajusta à premissa que orienta esse estudo, particularmente em relação ao ser humano trabalhador: “El derecho de la salud como un derecho humano fundamental en la agenda de Iberoamerica”.

A página eletrônica da FIOCRUZ⁷⁴ noticiou, de forma resumida, algumas conclusões do Congresso:

O I Congresso Ibero-Americano de Direito Sanitário, encerrado ontem (1/9), em Buenos Aires (Argentina), atingiu os objetivos propostos e já aponta novos desdobramentos. Uma das organizadoras do evento, a pesquisadora e coordenadora do Programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ Brasília (Prodisa), Maria Célia Delduque, destaca que o Congresso consolidou as parcerias inauguradas no II Taller Internacional – Derecho desde La Calle, realizado em Brasília ano passado pelo Prodisa, que reuniu instituições, faculdades de Direito e institutos de pesquisa de referência no Direito Sanitário, "apontando para um futuro entendimento da compreensão do conceito do Direito Sanitário como também de sua autonomia científica".

Como um dos resultados desse importante Congresso foi firmada uma declaração dos acadêmicos que estiveram reunidos na Argentina: a Carta de Buenos Aires. É pertinente transcrever excertos do documento que, ao lado do

⁷³ Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_14cns/index.html>. Consultada em 31.3.2012

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/fiocruzbrasil>>. Consultado em 2/3/2012.

reconhecimento da saúde – de forma ampla - como um direito humano fundamental na agenda ibero-americana, fixa as quatro dimensões em que esse direito se realiza: promoção, prevenção, cura e reabilitação⁷⁵:

Declaración de Buenos Aires

Los académicos de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario, reunidos en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario, en la ciudad de Buenos Aires, en el 31 de agosto y el 1º de septiembre de 2011, reconocido el apoyo del Programa de Cooperación Internacional en Salud, Término de Cooperación y Asistencia Técnica firmado entre OPS/OMS de Brasil, Ministerio de Salud de Brasil y Fiocruz (TC 41) a la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario, están de acuerdo en formular la siguiente Declaración:

1. La salud no es solamente la ausencia de enfermedad, sino que comprende el completo bien estar físico, mental y social de mujeres y hombres.

2. El derecho a la salud no es solamente el derecho de los enfermos, sino que también es el derecho de toda persona humana a acceder a la prevención, a la información y educación que le permita gozar del estado de salud más completo posible.

3. Los Estados tienen la obligación ética, política y jurídica de asegurar a sus pueblos las condiciones de acceso universal, oportuno y de calidad a los servicios y a las prestaciones integrales de salud, como forma de realizar el derecho a la salud en cuatro dimensiones fundamentales: promoción, prevención, curación y rehabilitación.

(...)

9. Los avances en la protección jurídica de la salud no admiten retrocesos, y siempre habrán de considerarse derechos mínimos infranqueables, de acuerdo con la determinación del pueblo, soberanamente. Más allá de la prohibición de retroceso existe el deber de sobrepasar los niveles de protección alcanzados.

(...)

11. Por fin, los académicos reunidos reconocen, en consonancia con el lema del Congreso, que el derecho fundamental a la salud es un tema fundamental en la agenda de Iberoamérica.

Há ainda outro espaço em que a discussão está presente. Embora o tema não esteja sistematizado, existem diversos Projetos de Lei tratando do tema, tanto no Senado⁷⁶ quanto na Câmara dos Deputados⁷⁷, em geral procurando resolver aspectos peculiares a determinadas categorias profissionais.

⁷⁵ Disponível em: <<http://rededireitosanitario.fiocruz.br/?p=517>>. Consultado em 5/3/2012.

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>> Consultado em 25/02/2012.

⁷⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>> Consultado em 25/02/2012.

Outro importante ator social, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB elegeu como tema da Campanha da Fraternidade de 2012 “A Fraternidade e Saúde Pública”, com o lema “Que a Saúde se Difunda Sobre a Terra (cf. Eclo 38,8)”.

Já na introdução do texto base⁷⁸ da campanha a CNBB esclarece o propósito de trazer para reflexão eclesial temas de cunho social, “portadores de sinais de morte, para suscitar ações transformadoras”. Portanto, ainda que se relevem as questões dogmáticas, trata-se de mais um importante ator social que se agrega à discussão do relevante tema da saúde no trabalho.

Ainda no texto-base, a escolha do tema é justificada e apresentada em linhas de atuação nas quais a CNBB destaca a importância da ação preventiva e relaciona os determinantes sociais da saúde

8. Os determinantes sociais na saúde

114. Determinantes sociais de saúde são elementos relacionados à preservação ou à produção de saúde. Trata-se das condições mais gerais socioeconômicas, culturais e ambientais de uma sociedade e têm relação com as condições de vida das pessoas, como: trabalho, habitação, saneamento básico, ambiente de trabalho, serviços de saúde e educação de qualidade, ligações das redes sociais e comunitárias.

162. Desse texto já citado do Livro do Eclesiástico (cf. 38,1-15), ainda podemos extrair ensinamentos oportunos para a área da saúde pública, pois faz referência às pessoas responsáveis pela manutenção da saúde da população. Mais importante que curar é o trabalho de evitar que as pessoas adoeçam e promovê-las para que tenham vida em abundância. Realidade que o ditado popular consagrou: “é melhor prevenir que remediar”.

Portanto, revela-se certo sincronismo que, ao mesmo tempo em que expõe a simultânea preocupação de diferentes instituições e espaços de discussão com a saúde pública, pode favorecer a mudança das velhas práticas, nessa área particularmente sensível das relações humanas: o mundo do trabalho.

Assim, a sistematização das ideias do estudo apresenta-se como uma possibilidade de enriquecimento das discussões acerca do Direito Sanitário, numa abordagem diferenciada, ampliando o debate acerca do direito à saúde para contemplar a dimensão preventiva da saúde ocupacional, contribuindo, ao mesmo tempo, para o reconhecimento do Direito Sanitário como um importante campo de estudos da saúde pública.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo iniciou com a afirmação de que a Constituição brasileira de 1988 representou inovação de monta⁷⁹ no que diz respeito à preservação da saúde do trabalhador.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contextualizado no ambiente e nas relações de trabalho – protegendo a pessoa do trabalhador contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, e ao mesmo tempo garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável - é uma diretriz constitucional que, juntamente com o valor social do trabalho, também fundamento da República Federativa do Brasil, delimita e impõe o direito fundamental ao trabalho digno o que, por óbvio, também engloba as condições para a preservação de sua incolumidade física e psíquica.

É possível afirmar que a saúde do trabalhador, como espécie do amplo direito à saúde constitucionalmente protegido, apresenta-se como direito fundamental inviolável e fora do comércio. Assim, a sua preservação impõe-se tanto ao empregador, na condução de seu empreendimento, quanto ao Estado, em suas atividades regulatórias e de fiscalização. Destarte, é de se esperar que eventuais lesões a esse direito fundamental encontrem uma resposta satisfatória do aparato jurídico.

Assim, pode-se dizer que o efetivo respeito à dignidade humana do trabalhador, titular do direito constitucional - fundamental – a ver assegurada, no curso de uma relação de trabalho subordinado, a integridade da saúde e a própria vida, está vinculado à observância do parâmetro que pode ser condensado no direito a laborar em um meio ambiente do trabalho hígido.

Logo, o Direito Sanitário, tendo como sub-ramo o direito à saúde do trabalhador, é o ramo do direito que se ocupa do conhecimento e da aplicação

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/campanhas/fraternidade>> Consultado em 25/02/2012.

⁷⁹ A Constituição de 1934, em dispositivo da Ordem Econômica e Social, conjugava a promoção e o amparo à produção e os interesses econômicos do País com a vaga ideia de proteção social do trabalhador. As Constituições de 1937, 1946 e 1967 continham disposições semelhantes.

das normas jurídicas, a partir da Constituição, voltadas à proteção do direito à saúde.

Desse modo, é possível compreender o direito à saúde do trabalhador como sub-ramo do Direito Sanitário, tendo como objetivos específicos as ações voltadas para a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde do trabalhador, causados pelo trabalho.

Como foi visto, embora tenha origem numa época de triste memória, sob o ponto de vista das condições de vida dos trabalhadores, na transição do modo de produção – Revolução Industrial -, é longa a história do adicional de insalubridade, que se mantém, no Brasil, em leis e Normas de um período que antecede à Constituição de 1988.

Assim, analisou-se a compatibilidade do instituto e das práticas interpretativas a partir das várias disposições constitucionais que definem os direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos trabalhadores.

No tópico em que se analisou a manutenção do tradicional entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do adicional de insalubridade, apesar do conjunto de disposições da Constituição de 1988 que definem os direitos fundamentais, individuais e coletivos dos trabalhadores, inclusive a prioridade na preservação da saúde, assinalou-se que se trata de uma prática que, embora sedimentada na jurisprudência, reflete o entendimento meramente mercantilista acerca do direito fundamental do trabalhador à saúde.

Em seguida, registrou-se que a profusão de verbetes de jurisprudência que e indicam o caráter contraprestacional do labor habitual em condições agressivas ao trabalhador, em contrariedade às disposições constitucionais que priorizam o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido, sinaliza a existência de práticas sociais e judiciais que estão na raiz de boa parte dos alarmantes dados da infortunística do trabalho: acidentes, invalidez e óbito ligado ao trabalho.

Pontuou-se que, considerando a moderna concepção que incorpora a multicausalidade no desencadeamento das doenças e as disposições legais que reconhecem a concausa na infortunística do trabalho, aliada ao banal entendimento que supõe o agravo à saúde como pressuposto para o pagamento do adicional de insalubridade – este como consequência daquele -, não há maiores dificuldades em

afirmar que o trabalho em condições ambientalmente adversas é causa de uma série de doenças laborais, ao menos na categoria de concausa.

Ponderou-se que, a par de eventuais dificuldades ligadas ao diagnóstico e à subnotificação, diante da constatação de enfermidades ligadas ao trabalho e havendo notícias do trabalho em ambiente insalubre, ainda que remotamente no tempo, mostra-se factível a definição jurídica da relação de causalidade e a consequente reparação, da vítima e da previdência pública.

Demonstrou-se que os dados oficiais da infortúnica do trabalho e da causalidade desses eventos com as precárias condições do ambiente em que o trabalho é realizado, e a imputação da responsabilidade e do ônus aos causadores dos danos individuais e sociais, que tiram proveito da atividade, encerram contornos de uma verdadeira questão de saúde pública. Assim, justifica-se o propósito do estudo em contribuir para o enriquecimento das abordagens possíveis para o Direito Sanitário.

Na sequência, propôs-se a abertura do leque de discussões acerca do direito à saúde, para contemplar a dimensão preventiva da saúde ocupacional, em contraposição ao entendimento que mantém a remuneração do agravo habitual à saúde por meio de um adicional de remuneração, como um caminho com amplas possibilidades de contribuição para o reconhecimento do Direito Sanitário como um importante campo de estudos da saúde pública, inclusive no aspecto econômico.

Analisando disposições do Direito Comparado, demonstrou-se que a regulamentação do trabalho em condições insalubres nos nossos vizinhos do MERCOSUL é bastante superior à nossa. Ao invés de simplesmente preverem a monetização compensatória pelo comprometimento da saúde do trabalhador que trabalha em ambiente agressivo, dispõem de medida efetiva, pois determinam a redução das horas de trabalho – redução do tempo de exposição ao ambiente agressor - sem a redução da remuneração.

A análise da disposição espanhola mostrou-se ainda mais ajustada aos propósitos da prevenção e da precaução, pois a restrição à exposição ao ambiente insalubre, por meio da redução da jornada, apenas é autorizada nas hipóteses em que se demonstre a impossibilidade de eliminação ou redução dos riscos ambientais por outras medidas de proteção ou prevenção adequadas.

Referiu-se que as experiências do Direito Comparado podem ser muito importantes tendo em vista o recente entendimento do STF quanto à inconstitucionalidade do art. 192 da CLT. Assim, de *lege ferenda*, deveria ser alcançado ao menos os níveis de proteção do Direito Comparado, em que o trabalho em condições insalubres implica a redução da jornada de trabalho para seis horas.

Logo, a garantia constitucional ao meio ambiente de trabalho hígido, como direito fundamental, desautoriza o entendimento que reduz à simples patrimonialização os efeitos de sua transgressão habitual. Do contrário, seria necessário admitir que se continue a interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, anterior e contrária a ela.

Tal prática reconhece a supremacia de um Decreto-Lei de 1943 (CLT), “fruto do idealismo excepcional do Brasil orientado pela clarividência genial”⁸⁰ de Getúlio Vargas, sobre a Constituição de 1988, em prejuízo do potencial inovador do texto constitucional de 1988 e da função contrafática do direito.

Afirmou-se, também, ser necessário considerar que o caráter supralegal da Constituição, como uma aquisição evolutiva do processo de modernização da sociedade, condiciona a validade de todas as demais leis. A Constituição, nesse sentido, deve necessariamente ser tomada como a norma jurídica suprema do país (DWORKIN, 1999).

Logo, considerando o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente do trabalho hígido, por imposição constitucional, o entendimento que admite a sua mercantilização, generalizada e habitual, expõe-se à crítica, pois confere à saúde do trabalhador um caráter de mercadoria, de crédito negociável. O prolongamento da prática transforma a relação contratual: “o empregado se torna seu próprio algoz” (VIANA, 1999, p. 893).

Em seguida, demonstrou-se que, dando concretude aos ditames constitucionais, a ordem jurídica, nas esferas administrativa e judicial, dispõe de uma série de instrumentos que viabilizam o eficiente enfrentamento do problema da sonegação do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido.

⁸⁰ Item 12 da Exposição de Motivos em que Alexandre Marcondes Filho apresenta ao Presidente Getúlio Vargas o projeto definitivo do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT).

Assim, estabeleceu-se a premissa de que se deve considerar o adicional de remuneração para as atividades insalubres uma espécie de benefício compensatório e subsidiário ao trabalhador, naquelas raras situações em que a atividade se mostre indispensável para a comunidade, e as exigências de medidas preventivas extrapolarem o que for considerado razoável e factível.

Consequentemente, considerando-se lícita a atividade insalubre de risco empreendida - o que tornaria restritas as hipóteses de sua ocorrência - o adicional de remuneração surgiria como espécie de reparação pelo dano, em decorrência do mero risco da atividade, a teor do disposto nos artigos 5º, V e X, da Constituição e 927, parágrafo único do CC.

Ao final, apresentou-se o sincronismo de um conjunto de iniciativas, de diferentes instituições e em vários espaços de discussão, visando à preservação da saúde do trabalhador. Pontuou-se que a simultânea atenção ao tema pode favorecer a mudança das velhas práticas, nessa área particularmente sensível das relações humanas: o mundo do trabalho.

Há uma provocadora história da sabedoria sufi⁸¹ que descreve o diálogo de um homem que se aproxima de um amigo que está agachado procurando algo sob a luz de um poste. Descobre que o amigo procura uma chave que havia perdido e se dispõe a ajudá-lo.

Depois de vasculhar o local, o homem resolve indagar se o amigo tem certeza de que perdera a chave ali. Descobre que não. A chave fora perdida em outro local, mas lá está escuro demais para a busca.

Situação semelhante acontece com a atual polêmica acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade. A partir dos dispositivos constitucionais tantas vezes referidos nesse estudo, iluminados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que conduzem ao direito fundamental do trabalhador de laborar em um meio ambiente hígido, mostra-se nebulosa a busca (às escuras) pela definição da remuneração do trabalho habitual em condições insalubres.

⁸¹ O sufismo é uma filosofia mística do Islã que prega o autoconhecimento por meio da música, da poesia, das danças, da meditação e do retiro espiritual. A história é narrada pelo Rabino Nilton Bonder, na obra "Fronteiras da Inteligência" - Bonder (2001).

A luz, nesse caso, certamente está noutra local. Estaria mais em ordem com as disposições constitucionais a pura e simples vedação à rotineira exploração do trabalho humano nessas condições.

Como se demonstrou nesse estudo, embora persistam velhas práticas interpretativas que ignoram o potencial normativo e contrafático da Constituição de 1988, são vários os instrumentos disponibilizados pela ordem jurídica para que se atinja o desiderato constitucional.

E já é tempo de conferir concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, que deve deixar de ser mera cláusula retórica com assento constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do Direito à Saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Os problemas de legitimação no capitalismo tardio e a crise do Estado do Bem-Estar Social**. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo (org). Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003 (b).

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, n. 54, 2001

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1988.

BONDER, Nilton. **Fronteiras da inteligência**. Rio de Janeiro, Campus, 2001.

BRANCO, Ana Paula Taucedá. **O ativismo judiciário *negativo* investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.amatra17.org.br/arquivos/4ac2c477939c9.pdf>> Acesso em 06/03/2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1988**. Brasília: Senado Federal, 2004.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24/07/1991. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em 16/08/2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10/01/2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 16/08/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Notícia do direito brasileiro. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTRO, Hermano; GIANNASIL, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública**. In Ciência & saúde coletiva v.8 n.4 São Paulo 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000400013&lng=pt&nrm=iso> Consultado em 14/2/2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

Costa, Ediná Alves. **Vigilância sanitária e proteção da saúde**. Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf> Acesso em 02/02/2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. São Paulo: Renovar, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. In **Revista Saúde Pública**. V. 22, n.1, São Paulo, Fev. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=isso> Acesso em 15/08/2011.

_____. **Manual do Curso de Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 47-116.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**, 2. Ed., São Paulo: LTR, 2007.

DATAPREV. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/05/mtb/7.htm>> Consultado em 15/08/2011.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2006;

DELDUQUE, Maria Célia. **Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde**. In: O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Introdução. Alexandre Bernardino Costa... et al. (orgs) – Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 103-110.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Ltr, 2004.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. In: Direitos humanos: essência do direito do trabalho. SILVA, Alessandro et al. Coordenadores - São Paulo: LTr, 2007, p. 67 – 68.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo (org). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FAUSTO, Boris. **Repensando o Estado Novo**. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 14.

FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de. **Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GARCÍA, Eloy. **El Derecho Constitucional como un compromiso permanentemente renovado – Entrevista al profesor José Joaquim Gomes Canotilho**. In: Anuario de derecho constitucional y parlamentario. Murcia, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição par uma interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KINGDOM, J.W. **Agendas, alternatives and public policies**. New York: Harper Collins, 1995.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo.

MACHADO, Jorge Mesquita Huet. **Vigilância em Saúde do Trabalhador**. In: O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Introdução. Alexandre Bernardino Costa ... et al. (orgs) – Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 231-240.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Difel, 1987.

MAUÉS, Antonio G. Moreira (org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**, São Paulo: LTr. 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2003.

Ministério do Trabalho e Emprego: Disponível em:
<http://www.mte.gov.br/seg_sau/pub_cne_convencoes_oit.pdf> Acesso em 15/08/2011.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição**. In Revista Forense n. 304. Rio de Janeiro: Forense, p.151- 155, out.-dez. 1988.

MOREIRA, Vital. **“Constituição e democracia na experiência portuguesa”**. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEVES DELGADO, Gabriela. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTR, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenização por acidente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto Figueiredo. **Os novos Horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira**. São Paulo: LTr, 2005.

PINA RIBEIRO, Herval, e CASTRO LACAZ, Francisco Antonio de. **De que adoecem e morrem os trabalhadores**. São Paulo: DIESAT/IMESP, 1984.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1984.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

PELEGRINO, Antenor. **A Prevenção de acidentes**. In: Segurança e higiene do trabalho rural. Tupã, SP: ASL, 1988.

RAMAZZINI, B. **As doenças dos trabalhadores**. Fundacentro: São Paulo, 2000.

ROSEN, G. **Uma história da Saúde Pública**. São Paulo, Unesp-Hucitec-Abrasco, 1994.

ROUQUAYROL, Maria Zélia. **Epidemiologia e saúde**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1988.

RUPRECHT, Alfredo J., **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SANSEVERINO, Luisa Riva, **Curso de direito do trabalho**; tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo, LTr, Universidade de São Paulo, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SILVA, Marcos Domingos da. **O adicional de insalubridade sob exame**. Disponível em: <<http://blog.mte.gov.br/?p=4992>> Consultado em 14/2/2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. São Paulo: LTr, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Delio; TEIXEIRA FILHO; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. LTr: São Paulo, 1993.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. **O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária**. Disponível em: <URL: http://157.86.8.16/comunidade_fiocruz/arquivo/13732/tese_de_doutorado_marco_a_a_torrenteguy.pdf> Acesso em 15/10/2011.

Tribunal Superior do Trabalho: Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/prevencao/noticia2.html>> Acesso em 11/8/2011.

Vaticano: Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html> Consultado em 14/2/2012.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do Século XXI**. São Paulo, Revista LTr, ano 63, n. 07, jul. 1999.

VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JR, Décio de Abreu, coordenadores. **Direito do trabalho & trabalhos sem direitos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.